

Derecho de autor y reproducción en internet de su obra

Comentario al fallo P., L. y Otros s/Sobreseimientos

Abog. Matías Sebastian Zubimendi*

Abog. Daniel Corleone**

HECHOS

La causa

El proceso en el que se dictó la resolución que se analiza, se inició en abril del 2013, en el Juzgado Nacional en Criminal de Instrucción N° 20, cuando los titulares de los derechos autorales de la obra cinematográfica “Un Cuento Chino” denunciaron a los responsables de la operación del sitio de internet www.youtube.com, así como a los partícipes -sus cómplices o encubridores-, por la continua defraudación de derechos de propiedad intelectual resguardados por la Ley N° 11.723.

La defraudación a entender de los denunciantes, se habría materializado mediante la exhibición, sin autorización, de la obra cinematográfica mencionada, cuya titularidad no fue controvertida y se arrogó la productora “Pampa Films”.

De acuerdo a la constatación notarial aportada como prueba documental, se acreditó que al momento de la denuncia existían al menos seis enlaces en el portal [---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Agente de Propiedad Industrial. Maestrando en la Maestría Regional de Propiedad Intelectual por la Universidad Austral.](http://www.you-</p></div><div data-bbox=)

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Agente de Propiedad Industrial. Maestrando en la Maestría Regional de Propiedad Intelectual por la Universidad Austral.

tube.com, los cuales contabilizaban al día 18 de abril del 2012 unas 196.966 reproducciones. Cada una de estas reproducciones implicó una exhibición no autorizada de la película.

Asimismo se estableció que la película fue “subida” – técnicamente, reproducida- a los servidores de www.youtube.com por una serie de usuarios anónimos, aunque potencialmente identificables. Los responsables del desarrollo y operación de la página web alojaron en sus servidores la obra cinematográfica protegida, y permitieron que desde esos servidores propios, a través de su sitio web, los internautas o usuarios de YouTube.com pudieran acceder a ver dicha obra.

Como es de público y notorio conocimiento, tal servicio fue brindado mediante una plataforma a través de la cual se permite el video streaming (exhibición a través de internet), permitiendo a los usuarios de internet acceder libre y gratuitamente a la película referida[1].

Posteriormente los enlaces cuestionados fueron dados de baja los propios responsables de www.youtube.com tras conocer la existencia de la denuncia; no obstante, meses después, se constataron nuevos hechos de naturaleza similar que llevaron a ampliar la denuncia.

SUJETOS INTERVINIENTES

Antes de iniciar el análisis jurídico es conveniente clarificar los aspectos técnicos de esta situación. Entendiendo cuáles son los sujetos intervinientes existen más posibilidades de encuadrar la situación de hecho en la norma jurídica adecuada.

Christensen identifica a las tres partes posibles en el mundo de internet. Los clasifica como uploaders, downloaders e intermediarios.[2]

[1] Incluso a aquellos no registrados en la página web.

Uploaders

Los uploaders son aquellos individuos que suben un contenido a la red. Ese contenido puede estar en infracción o no, lo importante a destacar aquí es el tipo de acto que se está realizando. Cuando determinado archivo pasa de una computadora personal a una base de datos (o incluso, otra computadora personal como es el caso de los sistemas P2P) se está haciendo un acto de reproducción.

La reproducción de una obra consiste en producir nuevas copias de la obra ya existente. En nuestro caso particular, cuando el usuario subió la película a YouTube.com realizó un acto de reproducción. El video no dejó de estar en el disco rígido de quién lo subió pero pasó a estar también en los servidores de la empresa.

El propio artículo segundo de la ley 11.723 determina que será el titular de la obra quién tendrá el derecho de decidir sobre su reproducción[3]. Solo él podría autorizar un acto de esta naturaleza.

Vale destacar que subir un video a YouTube.com no solo implica la realización de una reproducción, sino además, por la propia estructura del servicio de ese portal, el de puesta a disposición del público del contenido subido. Esto se debe a que no solo se está realizando una copia sino que se habilita a que terceras personas puedan acceder libremente a ese contenido.

En este punto es dable diferenciar la plataforma de YouTube.com.

[2] La piratería informática en el ciberespacio: recursos jurídicos y tecnológicos para combatirla; Kory D. Christensen; Derecho de Internet, 2° edición corregida y aumentada; pp. 187-232; Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Ángel Montes de Oca; Editorial Heliasta S.R.L; Buenos Aires, Argentina, 2012.

[3] Artículo 2°, ley 11.723: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

Downloaders

Son aquellos que descargan un archivo de la red. Su acto usualmente también constituye un acto de reproducción ya que el archivo no deja de estar en la red, pero pasa a estarlo también en el disco rígido de quien lo baja. Puede constituir una infracción para el derecho de autor, ya que solo el titular del derecho puede autorizar una reproducción.

En el caso, la película era puesta en streaming, o sea, en un modo de exhibición que no requiere su descarga y fijación en el rígido del downloader en forma permanente, si bien generalmente hay una copia temporal que permite la visualización del contenido audiovisual sin interrupciones.

Corresponde analizar cuál es la situación de quién vio la película en YouTube.com. Ya se ha dicho que la película “un cuento chino” fue vista por casi 200.000 personas antes de ser retirada en la primera oportunidad de la plataforma. El método de difusión que YouTube.com es conocido como “Streaming” o sistema de lectura en continuo o lectura en tránsito, de esta forma el usuario consume el producto a medida que este continúa siendo descargado.

Será necesario determinar si el streaming es o no un acto de reproducción porque existe cierta diferencia, al menos a primera vista, entre descargar un archivo y que este permanezca en el disco rígido a una descarga solo temporal a los fines de observar el video.

La segunda opción parece ser más inofensiva. No obstante para poder ver un video en una computadora es necesario que esta reciba toda la información necesaria para formular esa reproducción, es decir, es necesario que al menos por un tiempo dicha computadora tenga una copia de ese video. Debe tenerse en cuenta que la ley argentina cuando habla de la reproducción en ningún momento exige que esta sea con miras de perdurar en el tiempo, es decir, basta con que exista una copia aunque sea por un segundo para que haya un acto de reproducción.

El propio congreso de EEUU considera que el consumo de videos en streaming son infracciones graves pero consi-

dera que en estos casos hay un acto de comunicación pública[4].

Tanto si se considera que hay un acto de reproducción o un acto de comunicación pública –exhibición- en ambos casos se estaría vulnerando un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley 11.723

No puede obviarse señalar para entender la problemática de fondo que “la misma ley 11.723 decíamos que es en sí un Código que reconoce para el titular del derecho sobre la misma, la facultad de disponer de la obra de los modos allí enumerados. (art. 2 ley 11.723) ([5]) que incluye el derecho entre otros, de ejecutarla, representarla y exponerla en público. O sea, entre los actos posibles, la ley reserva en exclusividad al titular de los derechos autorales la ejecución o exhibición pública, quien como contrapartida, posee el derecho de impedir a terceros el ejercicio de esas facultades exclusivas ... A modo de síntesis viene al caso recordar que el titular del derecho de autor es –valga la redundancia- el autor y sus derechohabientes; y en el caso de las obras cinematográficas fundamentalmente será el productor cinematográfico quien concentre mayores derechos ([6]) ... Además debe tenerse presente que el derecho

[4] http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ip_white_paper.pdf

[5] Artículo 2º.- El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

[6] “Salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento y al productor de la película y al director de acuerdo a la reciente modificación introducida por la Ley 25847[6]. Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento, el director y el productor de la película. (arts. 4 y 20 ley 11.723) “Salvo convenios especiales: El productor de la película cinematográfica tiene facultad para

de autor goza de una faz moral y una patrimonial. Dentro de los aspectos morales del derecho de autor encontramos el derecho a la paternidad de la obra, el derecho a la exacta publicación, y el derecho al inédito. Dentro de los aspectos patrimoniales, que se relacionan con la explotación comercial de la obra, básicamente encontramos la comunicación y la reproducción o fijación. Mientras la reproducción consiste en la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o parte sustancial de ella en cualquier forma material ([7]), es decir la fijación en un soporte; la comunicación de la obra al público se realiza mediante la recitación, ejecución, representación dramática; presentación y exposición públicas, la difusión de las palabras, los sonidos, o las imágenes, la proyección pública y la transmisión por radio y televisión.”[8]

Resulta oportuno referir en consonancia con lo anterior que la Dra. Lipszyc afirma muy claramente: “El art. 8 del TODA reconoce en forma expresa el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de todas las ca-

para proyectarla aún sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración. El autor del argumento tiene la facultad exclusiva de publicarlo separadamente y sacar de él una obra literaria o artística de otra especie. El compositor tiene la facultad exclusiva de publicar y ejecutar separadamente la música.” “El productor de la película cinematográfica, al exhibirla en público, debe mencionar su propio nombre, el del autor de la acción o argumento o aquel de los autores de las obras originales de las cuales se haya tomado el argumento de la obra cinematográfica, el del compositor, el del director artístico o adaptador y el de los intérpretes principales.” (arts. 21 y 22 ley 11.723)

[7] Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI “Glosario de Derecho de Autor y derechos conexos”. Ginebra 1980 p.228

[8] CARBONE Rolando Diego y CODINO Jose” Delito de Exhibición Pública de Obras Cinematográficas sin autorización. Acerca de la interpretación de la Ley 11.723” Publicado en Suplemento Especial LA LEY 70ª. Aniversario Noviembre del 2005

tegoría de obras, incluidas la comunicación por medios alámbricos (por cable, etcétera) e inalámbricos (por aire –radiodifusión hertziana, incluida la satelital-) (...). En consecuencia, el acto de comunicación pública definido en el art. 8 del TODA también es igual y acumulativamente susceptible del derecho de reproducción: el almacenamiento en una memoria de computadora es, per se, un acto de reproducción. Sin embargo, en el texto final del TODA no hay un artículo que trate específicamente del derecho de reproducción, pese a lo cual los actos de reproducción permanente o temporal que se realizan en el proceso de una transmisión digital constituyen actos de reproducción protegidos por el art. 9.1 del Convenio de Berna, como se expresa en la Declaración concertada relativa al art. 1.4”[9].

De todas formas, en el caso que es objeto de análisis no se debatió la eventual responsabilidad de las personas que vieron los videos –consumidores o usuarios-, sino solo de quienes participaron en la exhibición de los mismos.

Intermediarios

Son aquellos sujetos que proveen algún servicio en internet, serán intermediarios entre los uploaders y los downloaders. En esta situación se puede ubicar a YouTube.com, siendo la empresa que aporta la plataforma en la cual los uploaders suben un video y los downloaders acceden a él.

La forma en que YouTube.com opera es pública y notoriamente conocida. Consiste en un sitio web que ofrece, entre varios servicios, una plataforma virtual en la cual usuarios registrados pueden subir videos a los cuales se les otorga un código identificatorio o enlace, permitiendo a su vez que estos sean vistos por

[9] LIPSZYC, Delia, “Ley aplicable y jurisdicción competente en conflictos por infracción al derecho de autor y conexos en Internet”, en Revista Iberoamericana de Derecho de autor, CERLALC, Bogotá, enero-junio 2011, pp. 12-35.

cualquier otra persona que acceda a dicho enlace, esté registrado en la página o no, es decir, cualquier internauta.

En el fallo que se está analizando el propio tribunal definió en una contradicción evidente a www.youtube.com como “una plataforma sin contenidos en la que básicamente son los usuarios quienes proveen dichos contenidos”. ¿Tiene o no contenidos? Claramente que al utilizar servidores propios que “alojan” (reproducen los contenidos, hay fijación de obras en formato digital en discos duros) los contenidos están en poder de YouTube.com.

Una característica esencial del portal es que los contenidos subidos cuando no lo hacen los propios empleados de Google –propietaria de YouTube.com- no son conocidos anticipadamente por quienes administran el sitio.

En la mayoría de los casos se trata de videos caseros, ediciones privadas o de medios televisivos contando con la decisión positiva de difusión gratuita por parte de quienes tienen derechos reconocidos sobre una obra. Pero existe un porcentaje importante de esos contenidos que es subido sin el consentimiento de sus autores.

La página cuenta con un sistema de denuncias llamado “notice and take down” para la protección de los derechos de propiedad intelectual de terceros, implementado a partir de la exigencia legal de los Estados Unidos, de la ley Digital Millenium Copyright Act, que exige a este tipo de actividades, poseer un sistema de bajas de contenidos ilegales para poder invocarlo y eximirse de responsabilidad. Este sistema consiste en analizar y, llegado el caso, dar de bajar aquel contenido denunciado previamente como en infracción.

Es importante señalar que en este sistema el control que realiza YouTube.com es ex post facto al acto de reproducción que realiza el usuario que sube la película. Pero en lo que sería un aspecto medular de la cuestión, es que frente a los contenidos que se alojan en sus servidores, la empresa actúa pasivamente, y solo frente al reclamo procede a hacer un análisis y a remover contenidos.

Sin embargo, y en un dato a nuestro entender que no es menor para la solución del caso, respecto de otros contenidos, la propia empresa posee la capacidad técnica y la decisión de ser proactiva: pornografía, pornografía infantil, imágenes de alta sensibilidad, racismo, venta de drogas, etc. que son censurados por la propia compañía sin necesidad de reclamo previo.

Para comprender la actividad del portal debe tenerse en cuenta al método de negocio utilizado. El cual consiste en percibir 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. Un enlace atractivo, es decir, con mayor cantidad de visitas y reproducciones es más redituable para la página. Por lo tanto, existe un interés económico en los administradores en contar con contenido capaz de atraer la mayor cantidad de usuarios posible.

Finalmente es necesario señalar que muchas veces los intermediarios tienen servidores ubicados en distintos lugares del mundo, de hecho es el caso de YouTube.com lo que acarrea no pocos problemas de jurisdicción y competencia. Para determinar el juez competente los estados encontraron la solución en una teoría llamada “conexión o vínculo sustancial”. En razón de que las consecuencias de un acción hecha por medio de internet será, en general, plurijurisdiccional porque involucrará una gran cantidad de personas afectadas en todo el mundo, los tribunales nacionales de distintos países coincidieron que un buen criterio para saber si ellos son o no competentes en un caso determinado, es resolviendo si existe o no una conexión o vínculo sustancial con la jurisdicción a la cual se le solicito que entienda la causa.

En lo que respecta a la ley aplicable es la ley del país donde se reclama la protección como claramente lo estipula el convenio de Berna en su artículo 5.2[10]. En este mismo criterio se expresó el Tribunal de Grande Instance de Paris en el caso Google Books[11].

Sin perjuicio de lo cual, en cuestiones penales debe tenerse en cuenta que se ha afirmado que “Si el hecho a investigar ha tenido desarrollo en distintas jurisdicciones territoriales, la elección del juez competente debe hacerse de acuerdo a lo que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación y mayor economía procesal”[12].

Respecto los delitos cometidos a distancia nuestro más alto Tribunal adoptó la teoría de la “ubicuidad”. “...la enorme mayoría de las legislaciones adoptan la tesis de la “ubicuidad”, de la “unidad” o de la “equivalencia”, que sostiene que el hecho se considera cometido tanto en el lugar en donde se produjo la exteriorización de la voluntad criminal como en donde ocurrió el resultado, con lo cual quedan cubiertas ambas alternativas y se desvanece la posibilidad de la impunidad del hecho derivado de un conflicto negativo de competencias. ...

“En los llamados delitos a distancia, el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se ha desarrollado la acción, y también en el lugar de verificación del resultado. Dicha regla permite la elección de una de dichas jurisdicciones atendiendo a

[10] “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”; Convenio de Berna, artículo 5.2.

[11] http://www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id_article=2812

[12] . L.L. 11-02-03, nro. 105.043. Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Bossert, Vázquez. Abstención: Fayt, Boggiano, López. Competencia N° 312. XXXVIII.; La Roca, José Luis y Cacciola, Victorio s/ estafa. 16/10/2002 T. 325, P. 2732

las exigencias planteadas por la economía procesal... Aún cuando la acción del acto infiel tuvo lugar en el exterior, el resultado generó sus efectos en este país, donde tiene asiento la empresa damnificada, que sufrió una disminución de su patrimonio. El perjuicio no se perfeccionó en el momento en que el imputado dispuso de la suma transferida en provecho propio, sino en la merma que sufrió el patrimonio de la empresa. Así el perjuicio es el resultado producido por parte del autor al querer perjudicar u obligar los intereses patrimoniales a su cargo... El eje pasa siempre por el deterioro del patrimonio, el que equivale a la mengua, produciéndose necesariamente el lucro indebido o el daño"[13]

En igual sentido:"...los diferentes pasos del "iter criminis", se produjeron en lugares distintos, por ello, debe tenerse por cometido en todos los sitios donde se realizó la acción típica y el resultado. (...)el delito debe ser investigado por el magistrado donde está el domicilio de la administración, aunque la empresa tenga su domicilio legal en otra jurisdicción (...) "sin que tenga necesariamente que coincidir con el domicilio donde ocurrió el comienzo de ejecución , siendo además dicha solución coincidente con el principio de economía procesal [14]

[13] Bunge Campos, Nocetti de Angeleri, Lucini. (Sec.: Paisan).GASSIBE, Elías F.22/03/06c. 27.313.C.N.Crim. y Correc. Sala VI. Se citó: (*) Guillermo Fierro, en David Baigún - Eugenio R. Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Arts. 1/34, Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, t. I, p. 28. (**) C.S.J.N., "Esquivel, Domingo lfredo s/denuncia", rto: 4/09/1990. (***) Cristina Iglesias Paiz, El delito de administración fraudulenta, Di Plácido, Bs. As., 1999, p. 89.

[14] . C.S.J.N., Fallos: 311:458, "Lojo", 7/4/1988. 2 C.S.J.N., Fallos 308:274." y causa MENGELLE, Federico J. y otro. 21/12/07 c. 33.434. C.N.Crim. y Correc. Sala V

RESOLUCIÓN RECURRIDA

El juzgado de instrucción, acogiendo el pedido de la Fiscalía, decretó el sobreseimiento de los imputados al considerar que el art. 71 de la Ley N° 11.723 solo admite la forma comisiva dolosa, descartando el dolo eventual en relación a los titulares del sitio de internet denunciado, entendiendo que no había quedado acreditado el dolo directo que era exigido por la figura mencionada, en razón de que no todos los archivos del sitio www.youtube.com eran violatorios de la Ley N° 11.723.

Se argumentó que se no advertía una conducta persistente por parte de los administradores del sitio de permitir la exhibición de la obra cuestionada, de manera que pudiera endilgárseles algún grado de participación o intervención en los hechos. Incluso en el fallo se recalco la existencia del sistema de reclamos para titulares de derechos autorales violados, como demostrativo de la falta de dolo.

Sobre la base de estos argumentos la conclusión final fue que en el caso no se daba el dolo directo requerido por el tipo penal, y con ello la consiguiente declaración de sobreseimiento y archivo de la causa. [15]

APELACIÓN

La decisión de primera instancia fue apelada por la querrela. El argumento principal consistió en reafirmar la materialidad de los hechos denunciados, contando en autos con elementos suficientes de convicción como para considerar

[15] Respecto de la discusión sobre la responsabilidad de intermediarios y el uso alternativo de las tecnologías es interesante el análisis de las posturas contrapuestas en la U.S. Supreme Court realizados en el artículo “La Propiedad intelectual en Internet. Comentario al fallo “MGM et al. C.Grokster Ltd. Et al.” De ALESINA Juan Carlos, VIBES Federico Pablo y CARBONE Rolando Diego. La Ley .Publicado el 2-11-2005.-

a dicho hechos claramente típicos conforme la calificación legal.

La querrela destacó que los argumentos del fallo de primera instancia se centraban en la actuación de los administradores de YouTube.com, y que las conclusiones en las que se apoyó eran inconsistentes. En tal sentido se adujo que si bien los autores del hecho finalmente habrían sido aquéllos que subieron la obra al website y los que la bajarán, lo cierto es que el encuentro de ambos se produjo gracias a la utilización del portal www.youtube.com. Por ello los administradores debieron ser considerados, al menos, partícipes necesarios de la maniobra, ya que de no haber existido el servicio de comunicación gratuita a través de internet los hechos no se hubiesen podido concretar entendiéndose que tal accionar era propio de los partícipes necesarios.

Además se cuestionó que se hubiera omitido en la resolución toda referencia la eventual responsabilidad de aquellos usuarios que subieron la película al portal, cuando incluso la Sra. Agente Fiscal señaló que: “distinto nivel de análisis merece la conducta de los usuarios que subieron los archivos, pero no los directivos que explotan el sitio, pues no se advierte una conducta persistente de estos de permitir la exhibición de la obra cuestionada de manera que pueda endilgárseles algún grado de participación o intervención en la conducta denunciada”.

Los apelantes consideraron que la jueza no debió haber decretado el archivo de la causa, sino cuanto menos, encausarla para lograr la identificación de los uploaders.

Por otro lado se agravio la querrela de que se hubiera entendido que no podía admitirse el dolo eventual para el art. 71 de la Ley N° 11.723, cuando los diferentes acuerdo publicitados de los imputados sobre Derechos de Autor con grandes empresas, así como los espacios dedicados al tema dentro del propio portal evidenciaban el conocimiento de la ocurrencia de hechos como el que conformaba el objeto del proceso. Ello, para la querrela evidenciaba el conocimiento cierto que

los administradores tenían del valor económico de los derechos de propiedad intelectual.

También se criticó que no se considerase que la película a pesar de ser dada de baja fue subida nuevamente en varias oportunidades, en un evidente caso de “ignorancia deliberada” como fundamento de su accionar doloso. [16]

Finalmente la querella consideró que la posibilidad de denunciar el uso ilícito de las obras por parte de los titulares autorales no resultaba suficiente para pretender exonerarse de responsabilidad. Lo fundamentó explicando que, en primer lugar, la remoción del contenido ex post facto no constituye en modo alguno la adopción de medidas activas tendientes a controlar y evitar hechos como denunciados. En segundo lugar, el sistema de bajas a solicitud de parte es posterior a la concreción de los hechos, es decir, luego de cometida la acción típica del artículo 71 de la ley 11.723. Por otro lado dijo que quedó en evidencia la insuficiencia de tales medidas cuando los administradores del portal volvieron a permitir la ocurrencia de hechos iguales a los denunciados en la primera ocasión. Finalmente la querella sostuvo que no era posible imponerle unilateralmente una carga a quien no es parte del acuerdo privado entre usuarios, menos cuando se trata de evitarle un perjuicio que es producido por una actividad lucrativa para el portal.

Los apelantes sostuvieron que si los administradores del portal pueden eliminar enlaces a voluntad, como de hecho sucedió, es inverosímil que puedan desentenderse del riesgo que crea su plataforma, pretendiendo poner en cabeza de los titulares de derechos de autor el seguimiento y detección de infracciones que ellos mismos facilitan.

[16] Al respecto con cita en el artículo ya referido sobre el caso “Grokster”.

FALLO DE CÁMARA

Sobreseimiento de los imputados

En un giro sorprendente, y apartándose de las alegaciones del recurrente como así también de los argumentos del fallo de primera instancia, el tribunal de apelación consideró que no era delictiva la acción de los usuarios ni tampoco la de los responsables de YouTube.com que pusieron a disposición gratuita e indeterminada la película “Un Cuento Chino” par a ser exhibida mediante el acceso a través de internet, pero con nuevos argumentos efectuados a partir de una interpretación de la ley 11.723 que estaría perimida.

Comenzó citando los dichos de la querrela durante la audiencia donde afirmo que “la película fue subida en todos los casos sin alteración alguna ni de su nombre, ni de su autor, ni de su texto, al punto que podía ser encontrada por su título original en el buscador de YouTube.com”. El tribunal entendió que no se alteró la obra, y con ello no se cometió la acción típica del artículo 72, inciso c de la ley de propiedad intelectual.

El tribunal rechazó además que se hubiera incurrido en la figura del artículo 71. El razonamiento utilizado se basó en considerar la referencia que tal artículo hace al artículo 172 del Código Penal, es decir al delito de estafa, haría necesario integrar los elementos de aquella figura en las defraudaciones intelectuales. De tal modo, reviviendo un debate que parecía resuelto hace ya muchos por la doctrina y la jurisprudencia, incluyó dentro del citado tipo penal de la ley de propiedad intelectual elementos propios de la estafa, como por ejemplo, el desplazamiento económico a favor del autor (o de terceros), que ese desplazamiento debe ser generado mediante ardid o engaño, y el perjuicio de la víctima. Sobre la base de que ni el desplazamiento ni el engaño fueron argüidos por la querrela, ni las pruebas dan cuenta de estos hechos el tribunal consideró que no se completaba el tipo penal.

Los administradores de www.youtube.com

Respecto a los administrados del portal YouTube.com el tribunal “a quem” dictó el sobreseimiento por considerar que también con ellos existía atipicidad en su accionar. Los magistrados comenzaron describiendo el modo en que opera el website, destacando un elemento que consideraron clave: “Se trata de una plataforma sin contenidos, en la que básicamente es el usuario quien lo provee”. La reproducción la hacen entonces los uploaders, y no los administradores del portal.

En cuanto al desplazamiento patrimonial que, de acuerdo a los magistrados es exigible al art. 71 de la Ley N° 11.723 por la referencia hecha al artículo 172 del código penal, consideraron que no estaba probada tampoco en este caso respecto a los titulares del portal. Sostuvieron que en realidad de lo que se estaba hablando era de supuestos beneficios indirectos y eventuales de “Google”, pero en ningún caso de un desplazamiento patrimonial de “Pampa Films S.A.” provocado deliberadamente bajo los términos del artículo 172 del Código Penal. El perjuicio que se había traído a consideración no era una afectación por un desplazamiento económico como exigiría la figura para este tribunal, sino, en todo caso, un lucro cesante por las sumas que, en base al derecho de autor, se habrían dejado de percibir por el acceso gratuito habilitado”[17].

Otra característica resaltada por los jueces fue “que los contenidos que se suben a YouTube.com no son conocidos anticipadamente por los que administran el sitio y, de hecho, en la mayoría de los casos provienen de filmaciones de particulares, ediciones privadas, o de medios periodísticos, o de la decisión positiva de difusión gratuita por parte de quienes tienen derechos reconocidos sobre una obra”. Se resaltó además la existencia de las medidas de seguridad que permiten la remoción de contenidos en infracción.

[17] P., L. y otros”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 2013.

Estos elementos sirvieron de fundamento para que los magistrados consideraran que los explotadores del sitio no son garantes de los contenidos que suben terceras personas, ni aun participes necesarios de las acciones delictivas que se puedan realizar a través de la incorporación de nuevos videos. Opinaron que “La eventual acción dolosa o negligente de estos usuarios (por ejemplo, en casos de difusión de pornografía infantil, defraudaciones, acoso, difamación, etc.) no puede regresar convirtiendo en delictivo el tramo común objeto del contrato -la puesta a disposición de la plataforma y el uso que realiza el que se registra- porque la prestación del servicio consiste en facilitar una herramienta cuyo uso ilegal no puede, como se dice, alcanzar al que la facilita”.

Si bien en el fallo se reconoce la existencia de una actividad riesgosa, fue considerado como un riesgo permitido por el beneficio que implica la socialización de información cultural a nivel mundial.

Tal actividad recién podría generar responsabilidad penal una vez que los titulares del sitio tengan conocimiento de la utilización ilegal o ilícita del mismo. Dijo el juez Bruzzone: “si bien no tiene la obligación de controlar la ilegalidad de los contenidos, salvo supuestos expresamente establecidos por políticas de la empresa o por acuerdos que haya suscripto, deben colaborar con posterioridad con los titulares de los derechos para que, identificada la infracción, se proceda a retirarlos del sitio. La responsabilidad del sitio recién se hará presente, *ex post*, cuando el que invoca el carácter de titular de un derecho lo puso efectivamente en conocimiento, individualizando en concreto los contenidos que pueden lesionar o restringir sus derechos”.

El fallo culmina referenciando a la responsabilidad civil objetiva por cosa riesgosa como una posible solución al conflicto de intereses de ambas partes[18].

[18] Artículo 1113, Código Civil: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su depen-

CRÍTICAS AL FALLO

La estructura del art. 71 de la Ley N° 11.723

Los tipos penales son, ante todo, normas jurídicas. Todas las normas jurídicas tienen una estructura lógica conformada por dos partes; una situación de hecho o antecedente y la consecuencia jurídica de esa situación de hecho.

La situación de hecho consiste en una serie de requisitos o condiciones, establecidos por la propia norma, cuyo acaecimiento implica la producción de la consecuencia jurídica. En el caso de las normas penales el requisito de la tipicidad obliga a ser más rigurosos a la hora de analizar las situaciones de hecho con lo descrito por la norma. Al no poder recurrir a la analogía la coincidencia tiene que ser perfecta. La consecuencia jurídica son los efectos que la norma determina en caso de ocurrir la situación de hecho. En el caso de los tipos penales se trata de la pena que se deberá cumplir.

Con esta estructura en mente es que debe leerse el art. 71 de la Ley N° 11.723 cuando dice: “Será reprimido con la pena establecida por el art. 172 del Código Penal (...)”. La referencia que hace el art. 71 al 172 se remite pura y exclusivamente a la pena, es decir, a la consecuencia jurídica; que será de un mes a seis años de prisión como bien dice el art. 172. Por otra parte, el antecedente no cuenta con referencia alguna sino que está descrito de manera independiente[19].

dencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

[19] Artículo 71, ley 11.723: Será reprimido con la pena establecida por

Una posible confusión puede surgir porque ambas normas tienen la misma acción típica en el antecedente, pero ello no debe ser interpretado como una coincidencia en todos sus elementos constitutivos porque si lo hiciesen tendríamos dos normas jurídicas distintas regulando una misma situación de hecho.

Cuando el tribunal relacionó los arts. 71 de la Ley N° 11.723 y 172 del CP dijo: “hay que tener en cuenta que la descripción genérica de lo que se prohíbe se encuentra relacionada con el tipo penal de la estafa (art. 172 del CP), lo que necesariamente - más allá de la amplitud e indeterminación del mencionado artículo 71 - requiere un desplazamiento económico en favor del autor o de terceros, generado mediante ardid o engaño, y en perjuicio de la víctima”. Quedo claro que el tribunal, al relacionar ambos artículos, lo hizo también en el antecedente y no solo en la consecuencia jurídica como dice expresamente la norma.

Este error es grave porque significa incluir nuevos elementos al tipo penal, con el agravante de que se trata de un campo del derecho donde la tipicidad es tan estricta que puede transformar en no aplicable dicho artículo por considerar atípica la conducta.

Se señala que los jueces a la hora de interpretar la remisión del art. 71 de la Ley N° 11.723 deben hacerlo pura y exclusivamente a la pena. Mientras que los antecedentes de ambas normas poseen elementos diferentes.

Existen fallos jurisprudenciales que avalan dicho razonamiento como el fallo “Taubin Gregorio” de la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional, sala VI de 1980[20]. Un año antes el mismo tribunal en el fallo “Troncoso” se había expedido de la misma forma[21].

el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley.

[20] “Taubin Gregorio”; Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional, Sala VI; 05/08/1980; LL, 1981-B-15.

Ledesma es de la misma opinión cuando dice que “La equiparación del art. 172 del CP, que también inserta la referida norma, es por tanto, a los efectos de la pena (quod poenam) y no de los elementos constitutivos del delito indicado (quod delictum)”[22]

La interpretación del juez Bruzzone de introducir elementos de la estafa para analizar la aplicación del artículo 71 fue a nuestro criterio errónea y difiere sustancialmente de la defraudación de la que habla la ley de propiedad intelectual. Tales diferencias serán analizadas en los apartados siguientes.

Estafas y otras defraudaciones

El capítulo IV, del título VI del libro segundo del Código Penal se llama “estafas y otras defraudaciones”. El propio nombre ya adelanta que estafa y defraudación son dos figuras distintas, aunque vinculadas. En realidad ambas figuras están en una relación de género y especie, siendo la defraudación el género y la estafa una de las especies posibles. Como bien dice Carlos Creus “Estafar es una manera de defraudar”[23].

Creus explica muy claramente que es una defraudación: “con la expresión defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquella o se aprovecha de estas”[24].

Donna aclara que por defraudación debe entenderse a

[21] “Troncoso”; Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional, Sala VI; 21/12/79; LL, 1980 -A-544.

[22] Del arte y el Derecho Penal; Julio C. Ledesma; Editorial Abeledo - Perrot; 1968

[23] Derecho Penal, parte especial, tomo I, 6° edición actualizada y ampliada; Carlos Creus; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1998.

[24] Ídem anterior.

“toda lesión patrimonial producida con fraude”[25], señalando también que la defraudación se trata del genero cuyas especies son la estafa o el abuso de confianza.

Buompadre explica en su Tratado de Derecho Penal una teoría sobre la defraudación, la cual comienza diferenciando la defraudación de la estafa “Toda estafa es siempre una defraudación, pero no toda defraudación es necesariamente una estafa[26]”. Buompadre considera que la defraudación es un tipo penal abierto donde todas las figuras tienen como nota común el daño patrimonial.

Creus señala que las defraudaciones se pueden perpetrar de 3 maneras distintas: a) por medio de fraude, donde el agente se vale de un ardid o engaño para provocar un error en el sujeto pasivo que lo motiva a realizar la prestación que lo perjudica; b) por abuso de confianza, donde el desplazamiento del bien fue legítimo y la ilicitud aparece luego por los abusos del poder que ha obtenido el agente; y c) “en aquellas situaciones que le facilitan o le permiten consumar el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo, ejerciendo anormalmente el derecho y facultades que, de no existir tales situaciones, constituirían actividades perfectamente lícitas”[27].

Al definir la estafa Creus la define como “defraudar por medio de ardid o engaño”[28]. El propio artículo 172 enumera, a modo enunciativo y no taxativo, ejemplos de engaños tales como nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, etc.

[25] Derecho Penal, parte especial, tomo II-B 2º edición actualizada; Edgardo Alberto Donna; Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2012.

[26] Tratado de Derecho Penal, parte especial, tomo II 3º edición actualizada y ampliada; Jorge Eduardo Buompadre: Editorial Astrea; Buenos Aires, 2009.

[27] ídem anterior.

[28] Ídem anterior

La defraudación de la Ley N° 11.723

Lo analizado hasta ahora es la opinión de la doctrina sobre el art. 172 del Código Penal, pero como se ha dicho, la figura del art. 71 de la Ley N° 11.723 es independiente. En la ley de propiedad intelectual la acción típica de defraudar debe ser entendida en su sentido vulgar y no técnico.

Ledesma sostiene que “debe dársele un sentido amplio y genérico; vale decir, el significado común que se le otorga a dicha palabra como lo sería la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor, haciendo aparecer una situación o un hecho falso como verdadero”[29]. Esta postura fue avalada en el fallo “Taubin” ya mencionado.

El Dr. Pintos, en el fallo “Troncoso” asignó al termino defraudar un sentido amplio al decir: “de todos modos, el fraude de que habla la ley 11.723 (...) se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultarían menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropie en beneficio personal (...) siendo conveniente recordar por lo demás que el vocablo defraudación no tiene aquí el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva y específica del Código Penal”[30].

Este criterio sería ratificado nuevamente en el fallo “San Martín”, donde se afirmó “que en el llamado ‘derecho intelectual’, la palabra ‘defraudación’ tiene un sentido propio, distinto del significado que doctrina y jurisprudencia le han asignado en el delito de estafa; es más amplio que éste, y más cercano a la acepción que dicha voz tiene en el lenguaje común. Así, en el tipo en cuestión se descarta la defraudación (en los términos del art. 172 del C.P. sin más),

[29] Del arte y el Derecho Penal; Julio C. Ledesma; Ed, Abeledo - Perrot; 1968

[30] “Troncoso”; Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional, sala VI; 21/12/79; LL, 1980-A-544.

en la que por definición, el ardid del infractor tiene que tener aptitud para engañar a la víctima”[31].

Emery considera que el termino defraudación se refiere a toda violación de los derechos autorales, cualquiera sea la “manera” o la “forma” de accionar del infractor. Esta interpretación nos deja un tipo penal abierto. Lypszyc explica que el motivo de esta redacción se relaciona con las dificultades que el continuo avance de la tecnología plantea en materia de derecho de autor y conexos para prever anticipadamente todas las modalidades delictivas[32].

Anzorreguy, Da Rocha y Fernández señalan entre las notas características de los delitos contra la propiedad autoral[33];

. La prescindibilidad de perjuicio patrimonial; la lesión se causa ejerciendo ilegítimamente un derecho exclusivo del autor y no solo por percibir las utilidades correspondientes.

. La inexistencia de apoderamiento o traslación; dada la inmaterialidad de los derechos afectados no es posible su apropiación, por lo tanto no habrá desapoderamiento del titular ya que no es condición necesaria como sucede con la propiedad material.

. La desconexión entre la voluntad del transgresor y la del autor; aquí no es necesario un fraude o engaño para viciar el consentimiento del titular del derecho, ni siquiera abuso de confianza.

[31] “San Martín, Mario Cesar s/ defraudación calificada”; Tribunal Superior de Córdoba; 18/04/2001; elDial-CA1864.

[32] LIPSZYC Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Zavalía. Bs. As.

[33] Propiedad Intelectual, ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales, 1º reimpresión; Miguel Angel Emery, colaboradores; Marcelo Sellart, Pablo Maspero, Graciela Peiretti, Hilda Retondo. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

Aquí el infractor prescinde totalmente del consentimiento del titular y obra sin tener contacto con él, incluso podría suceder que este nunca se percate.

Estas tres notas características son las que finalmente diferencian la defraudación del art. 71 de la Ley N° 11.723 de la del art. 172 del Código Penal y de la estafa en particular.

No es un tema menor, tener en cuenta que el fallo en crisis desconoce nada más y nada menos que el señero plenario Desde el trascendente Plenario “Ferrari de Gnisci” [34] en el que se afirmó que “la extensión y los alcances de la facultad exclusiva de reproducción pueden expresarse en las siguientes reglas: 1) el derecho cae sobre toda la obra y, por lo tanto, no sólo la obra en su conjunto, sino sobre cualquiera de las partes, fracciones o fragmentos e la misma, y sobre las reediciones y copias, cualesquiera sean las variantes, agregados, retoques, etc., que presente en sus apariciones sucesivas. 2) La exclusividad en beneficio del autor lo faculta para oponerse a cualquier forma de reproducción, cualquiera sea el procedimiento empleado para realizarla, cualquiera sea la finalidad de la misma (extensión cultural, beneficencia, etc.), y aunque haya ausencia de lucro, salvar las expresas limitaciones legales; debiéndose tener presente que los textos de la ley argentina no hacen concesiones sobre el particular”.

Fernanda Botana [35] ha dicho “la mala técnica legislativa que decidió utilizar el término “defraudación” y remitió a la pena de la estafa, generó algunos problemas de interpretación como el que se trata en esta instancia; cuando, como bien dice Anzorreguy hubiera sido más atinado el empleo de las palabras “violar” o “lesionar”[36].

[34] CNCrim. y Corr., sala III, “Ferrari de Gnisci, Noemí”, 1980/04/01, y La Ley 1981-B, 16. Fallo Plenario 1981/11/30 in re “Ferrari de Gnisci”

[35] Botana Fernanda. Código Penal comentado y anotado de editorial La Ley, Tomo III, Leyes Especiales D’Alessio, Director),

[36] Anzorreguy, Jorge; da Rocha, Joaquín y Hernández Vieyra, Héctor,

Recuerda no obstante que tales inconvenientes de interpretación están superados desde hace tiempo. Villalba y Lypszyc realizan un detalle pormenorizado de la jurisprudencia que, entre los años 1936 y 1972, exigieron para la configuración del art. 71 de la ley 11.723 la presencia de los elementos previstos para el tipo de estafa, postura que a la fecha se encuentra, en general, superada[37].

Concluye la autora “Nótese que es inadmisibile la asimilación de los conceptos enunciados, bajo consecuencia de haber creado el legislador tipos de imposible aplicación. Así, en estos delitos, víctima y victimario no tienen, por lo general, contacto, es más, ni siquiera se conocen, a diferencia de lo que ocurre con la estafa. De igual forma, tampoco se requiere perjuicio patrimonial, en virtud de que la afectación puede quedar reducida al aspecto moral, pues lo que se persigue, en definitiva, es la protección de los derechos personalísimos inherentes a la calidad de autor.

Finalmente, basta para tipificar la conducta que el agente asuma, sin autorización, prerrogativas reservadas exclusivamente, por ley especial, al titular; y no requiere como medios de comisión la fuerza en las cosas, la violencia física en las personas, el apoderamiento, el desapoderamiento, el fraude, ni el abuso de confianza.”

Derechos defraudados

El artículo segundo de la Ley N° 11.723 enumera los derechos que tendrá el autor respecto de su obra, entre los que destacamos el derecho de disposición y reproducción[38].

“Delitos contra los derechos intelectuales”, J.A., 1973-543, p. 549.

[37] Villalba y Lypszyc, op. cit., p. 273. Citan varios fallos de la Cámara en lo Criminal y Correccional que sostienen esta tesis.

[38] Artículo 2, ley 11.723: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su

La disposición está contemplada, de forma amplia, en el artículo 2513 del Código Civil[39], se entiende como el derecho de utilizar y explotar la obra. El derecho de disposición de la obra se relaciona con el derecho a decidir el destino de ella. Tiene recepción en tratados internacionales, tal como, es el caso del artículo 11 de ADPIC donde se regula el derecho de arrendamiento de las obras[40].

El derecho de reproducción consiste en la facultad de hacer una o más copias de una obra artística mediante la utilización de cualquier tipo de procedimiento o soporte material, que en materia de computación se entiende que transferir y almacenar una obra de una computadora a otra o a un servidor constituye un acto de reproducción. Cuando los usuarios suben la película “Un Cuento Chino” a los servidores de YouTube.com están haciendo un acto de reproducción.

Las autorizaciones para el ejercicio de estos derechos por parte de terceros son siempre de interpretación restrictiva, es decir, el autor tiene que autorizar su ejercicio expresamente.

traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

[39] Artículo 2513, Código Civil: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

[40] Artículo 11, ADPIC (ley 24.425): “Derechos de arrendamiento. Al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, los Miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor. Se exceptuará a un Miembro de esa obligación con respecto a las obras cinematográficas a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Miembro a los autores y sus derechohabientes En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí”.

Cualquier conducta que signifique el ejercicio de alguno de estos derechos y que no esté autorizado por el titular basta para que resulte defraudatoria de los derechos de propiedad intelectual y por lo tanto encuadrables en el artículo 71.

Sobreseimiento de los uploaders

Como ya se ha dicho previamente el tribunal considero atípica la conducta de quienes subieron la película a la plataforma. El error en cuanto a los elementos que integran al tipo penal de defraudación hizo que, para los jueces, no quedara acreditado la existencia de un desplazamiento económico de Pampa Films a Google. El tribunal sostuvo que, cuanto mucho, existía un lucro cesante insuficiente para llenar el tipo penal. Por otro lado, tampoco quedo acreditado el ardid o engaño que caracteriza a la estafa. La conclusión de los jueces es coherente con el curso de su razonamiento, pero como ya hemos visto, tal razonamiento es errado.

La conclusión será otra si se analizan las conductas de los uploaders a la luz del alcance de la defraudación de la ley de propiedad intelectual. Anteriormente se aclaró que defraudar es el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sin el permiso de su titular. En el presente caso está en juego el ejercicio de los derechos de reproducción y comunicación pública.

Entendiendo la reproducción como la realización de una copia de la obra, entonces desde el momento en que los usuarios suben la película a internet están realizando un acto de reproducción, ya que se crea una copia en los servidores de YouTube.com.

Ese mismo acto, por las particulares características y funciones de la página, constituye un acto de comunicación pública porque se elige a YouTube.com como medio de exhibición de la película. Recordando que el website celebra usualmente convenios con productoras de contenido en los cuales negocian la reproducción de películas, al no tener

una autorización expresa de los titulares de derecho de autor para hacerlo tales actos están en infracción. Con ello constituyen una defraudación a derechos reconocidos expresamente por la ley de propiedad intelectual.

Sobre la base de lo analizado es posible afirmar que la conducta de todo aquel que sube una película a YouTube.com se trata de un delito, es porque se diferencia claramente una acción (subir la película a internet), típica (defrauda los derechos de reproducción y disposición de la obra reconocidos por la ley de propiedad intelectual), antijurídica (no cuenta con el consentimiento de los titulares de la obra) y culpable (actuación dolosa).

El tribunal, que incluso reconoció la existencia de los hechos, lejos de decretar la atipicidad debió ordenar la investigación correspondiente para tratar de identificar a los individuos que subieron la película a la plataforma de YouTube.com como autores de las reproducciones ilícitas de cada posteo en los servidores de you tube, pero además como autores de las exhibiciones públicas no autorizadas de la película.

El dolo de los administradores de YouTube.com

Los jueces dictaron el sobreseimiento de los administradores de YouTube.com sobre la base de que ellos no serían penalmente responsables por los contenidos en infracción que son subidos por terceros a su plataforma, ya que no pueden conocer anticipadamente si estos cuentan con autorización de su titular o no.

Sin embargo, es posible afirmar que los administradores no pueden desconocer la ilicitud de su obrar, máxime cuando hacen de esta tarea su actividad principal. Y especialmente en una materia que no admite permisos tácitos.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que YouTube.com:

. Es una de las empresas de internet más importantes del mundo.

. Que su estándar de protección de sus propios derechos de propiedad intelectual –v-gr- marcas- es muy elevado, infinitamente más elevado que el que pretendería aplicar a la aquí querellante.

. Que ha tenido innumerables reclamos en todo el mundo de titulares de derechos autorales con suerte dispar, pero que deben ser valorados como una prueba del conocimiento cierto de las consecuencias y riesgos de su actividad.

. Que ha suscripto convenios con productores de contenido, reforzando la prueba del conocimiento de los riesgos de su actividad y de las leyes que aplican a la materia.

. Que puede y debe hacer un control previo de contenidos que se sube. V.Gr. pedofilia, pornografía, etc. O sea, tiene la capacidad técnica de controlar y dar de baja sin necesidad de reclamos.

. Que la propia implementación en la plataforma del sistema de notificación y baja, es demostrativo por un lado del conocimiento de que los hechos como el denunciado ocurren, que son ilícitos y que tiene la capacidad técnica de remover de sus servidores el contenido ilegalmente subido.

Además en el caso está probado sin controvertirse:

. Que la obra Un cuento chino es una obra protegida por la ley de propiedad intelectual y en todos los países miembros de la Convención Universal de Derecho de Autor y de las demás convenciones de la materia de las que Argentina es parte.

. Que la obra estuvo subida al portal y exhibida miles de veces –como la propia página YouTube.com informaba y

por ende conocía- en forma íntegra y con el propio título con el que está registrada

. Que YouTube.com como titular de los servidores en la que estaba fijada tenía acceso al contenido.-

. Que en una ocasión y como la misma empresa admitiera en la causa, removi6 luego de la denuncia a la película de los servidores y que luego de ello, no volvió a controlar ni a impedir que los hechos volvieran a ocurrir.

En definitiva, esos extremos demostrarían que los administradores nunca implementaron medidas tendientes a controlar y evitar hechos como los denunciados. Es posible comprobar ese desinterés en evitar que se suba contenido en infracción cuando, aún luego de formulada la denuncia de tales infracciones, y removida la película ilegalmente subida, volvieron a ocurrir sucesos similares.

La política de YouTube.com respecto a los derechos de autor es fácilmente accesible desde la propia página y todo el mundo puede consultarla. Existen dos apartados a destacar por ser materia de discusión en el caso.

El primero de ellos es titulado con una pregunta, “¿Puede YouTube determinar la propiedad de los derechos?”. La respuesta señala que esa tarea le corresponde a los tribunales, destacando que su rol en ese proceso se limita a eliminar el contenido y cruzar notificaciones entre las partes que tienen estos intereses encontrados. Pero se destaca el siguiente fragmento: “Cuando recibimos una notificación de eliminación total, eliminamos el contenido, conforme lo exige la ley”[41]. Con esto YouTube.com reconoce que tiene la facultad de eliminar a voluntad y de forma personalizada los contenidos que sospecha en infracción[42].

[41] El subrayado pertenece al autor.

Otro apartado que es necesario mencionar es el llamado “ID de contenido” o identificador de contenido. Es un servicio que ofrece YouTube.com, el cual debe ser solicitado expresamente por el titular del contenido protegido, que permite identificar coincidencias con los videos que serán subidos en el futuro. La propia compañía lo explica muy claramente; “Los videos subidos a YouTube se examinan sobre una base de datos de archivos que nos han enviado los propietarios de contenido. Cuando el ID de contenido identifica una coincidencia entre tu video y un archivo de esta base de datos, se aplica la política elegida por el propietario de contenido”. Existe aquí un reconocimiento a la posibilidad de realizar un control automático al contenido subido por los usuarios, siempre y cuando ese contenido ya forme parte de la base de datos que es usada en la comparación.

Ahondando más en el dolo de los administradores, una empresa de tamaño magnitud como es YouTube.com, con un gran poderío económico y tecnológico, no puede argumentar desconocimiento sobre la exhibición de una película afamada, de larga duración, colgada con el título original y en forma completa. Incluso con los créditos, y de fácil acceso con el propio buscador de la página. Por ello a nuestro modo de ver, estarían obligados a realizar un control respecto de los contenidos que son subidos a la plataforma, aun respecto de aquellos que no formen parte del sistema “ID de contenido”.

[42] “¿Puede YouTube determinar la propiedad de los derechos de autor? No. YouTube no puede mediar las disputas de propiedad de derechos. Cuando recibimos una notificación de eliminación total, eliminamos el contenido, conforme lo exige la ley. Cuando recibimos una contra-notificación, la enviamos a la persona que solicitó la eliminación. Después de esto, es decisión de las partes involucradas resolver el problema ante el tribunal. Ofrecemos Identificación de contenido a los propietarios de contenido que desean identificar automáticamente su contenido cuando se sube a YouTube, y permitimos a los usuarios disputar las coincidencias que no son precisas”.

Resulta una violación al principio de igualdad ante la ley el criterio que parecería querer aplicar la Cámara en este caso. Imagínense las situaciones a las que podría llevar el criterio esbozado. ¿Qué pensaría el Dr. Bruzzone o sus colegas de la sala si acaso se subieran a internet sus libros y se los pusiera en forma gratuita al acceso de los internautas?

¿Puede la empresa escudarse en su política de bajas para eximirse de responsabilidad o eso es una indicación del conocimiento del riesgo que genera su actividad y la consecuente posición de garantes que asumen?

¿Puede, unilateralmente, exigir a quien no es parte del acuerdo privado entre usuarios imponerle una carga para evitar un perjuicio no querido, no buscado ni mucho menos provocado? ¿Las políticas de la empresa a las que hace referencia el resolutorio que se comenta, podría invocarse a terceros? ¿Sería oponible?

¿Pensemos en una inmobiliaria que vende casas de personas que nunca encomendaron su venta, y ante la denuncia de tentativa de estafa, invocan una “política interna” que cualquier damnificado debería ante notificarles para que cesen?

El Derecho Penal no exige un conocimiento exacto y cabal de los hechos, basta que el agente conozca el fin y los medios, debiendo saber para qué sirven los medios que utiliza, y qué efectos son capaces de producir[43].

Los administradores de YouTube.com no podrían alegar ignorancia, no solo en razón de lo expuesto anteriormente, sino porque la aplicación del principio de la ignorancia deliberada les impide eximirse de responsabilidad[44].

[43] “Derecho Penal fundamental”, T. II; Fernández Carrasquilla, J; Editorial Themis; Bogotá, Colombia, Pág. 259.

[44] “El principio de ignorancia deliberada se define como aquel según el cual quien no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y debe responder de las consecuencias

La prohibición de no subir material en infracción a sus usuarios no es suficiente para librarlos de responsabilidad en la medida en que el perjuicio lo sufre un tercero y YouTube.com obtiene un beneficio económico por su actividad, proveniente de la publicidad. Respecto de los beneficios económicos, vale recordar el fallo “Ferrari de Gnisci” ya citado. Sobre la base de este fallo es que es posible afirmar que la existencia o no de un lucro es irrelevante a la hora de evaluar la responsabilidad y el accionar de, en este caso, los administradores del portal YouTube.com.

Es posible a nuestro entender, considerar que los administradores de YouTube.com poseen una posición de garantes por los contenidos subidos a su plataforma, y con ello ser susceptibles de ser considerados participes necesarios con dolo directo o eventual[45].

La posibilidad de dolo eventual no cabe descartarla como se hiciera en el fallo de primera instancia. Al respecto llega afirmar la misma Fernanda Botana que “El delito es doloso, por cuanto deberá ser perpetuado con conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo. El conocimiento deberá ser actual, efectivo y comprensible en su significación, es decir, deberá abarcar a los elementos descriptivos y a los normativos. Admite dolo eventual.”[46]

de su ilícito accionar”. “La ignorancia deliberada en el Derecho Penal “; Ragués I Valles, Ramón; Editorial Atelier libros jurídicos; Barcelona, 2007 pág. 21.

[45] La diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual se encuentra en el aspecto volitivo. El dolo directo se caracteriza porque la producción del resultado típico es el fin buscado (dolo directo de primer grado) o una consecuencia necesaria de los medios elegidos (dolo directo de segundo grado). En el dolo eventual el resultado típico no es deseado, pero se concibe la posibilidad de que este ocurra sin que se tome ningún recaudo para evitarlo. No debe ser confundido con la culpa con representación, que es aquella situación donde el sujeto activo se representa la posibilidad de que el resultado típico se produzca pero confía en poder evitarlo.

[46] Botana Fernanda. Código Penal comentado y anotado de editorial

CONCLUSIÓN

El fallo a nuestro modo de ver, y como se señalar, significó un verdadero retroceso para la justicia argentina en materia de protección de la propiedad intelectual, retrotrayendo la interpretación de la ley a estadios anteriores al plenario “Ferrari de Gnisi” que ya parecían definitivamente superados.

De tal modo, y partir de lo que entendemos error del tribunal en cuanto a la interpretación de los elementos que integran a la acción de defraudación en la ley 11.723 se llegó a un razonamiento cuya conclusión fue el sobreseimiento de un grupo de individuos que se aprovecha de la actividad creativa de terceros.

Los derechos de autor implican, en última instancia, un ius excluendi del que gozan sus titulares para ser los únicos capaces de explotar económicamente sus obras, por si o mediante terceros. Tal protección debe ser ejercida tanto en el aspecto civil como penal, con respeto a sus particularidades e institutos propios. Permitir que terceras personas puedan disponer de las obras implica el desconocimiento total de los derechos de autor.

Pero peor aún es permitir que empresas implementen como método de negocio la violación sistemática de los derechos de autor, utilizando como única defensa que no pueden evitar cometer el delito y dejando el control en manos del propio damnificado.

El art. 71 de la Ley de Propiedad Intelectual sanciona a todo aquel que ejerza uno de los derechos autorales sin contar con la debida autorización. Todo acto que implique el ejercicio de tal derecho es suficiente para llenar el tipo legal, no siendo necesario ningún ardid[47] o desplazamiento patrimonial.

La Ley, Tomo III, Leyes Especiales D'Alessio, Director),

[47] De hecho, lo más usual es que el agente y la víctima no se conozcan ni tengan contacto alguno.

El hecho de subir una película a una plataforma y permitir que sea accesible por terceros constituye disponer de la obra, reproducirla y comunicarla al público. Tales conductas solo pueden ser autorizadas por el titular de la obra previamente al hecho.

No obstante nuestra clara posición al respecto, que comparte las razones de derecho ofrecidas por la parte querrelante en el caso en análisis, no desconocemos que otro sector de la doctrina entiende que los hechos son atípicos, pero llega a esa postura por otro camino que el escogido por el tribunal cuyo fallo es objeto de análisis. [48]

Por otro lado, para llevar a cabo tales actos es necesario que exista una plataforma que lo permita. Ésta resulta indispensable, por lo tanto quienes la suministren y mantengan operativa serán partícipes necesarios.

De no haber existido el servicio de comunicación gratuita a través de internet los hechos no se hubiesen podido concretar, por lo que cabe concluir que existió [49] “participación necesaria”.

En el caso particular de los administradores YouTube.com, por todos los argumentos ya analizados, no podrían válidamente alegar nunca la falta de conocimiento respecto de la posibilidad de que alguno de sus usuarios cometa alguno de los delitos de la Ley N° 11.723. Sobre todo cuando no está controvertido que la empresa no tomó medidas suficientes para impedir que tales acciones se produzcan.

Y para peor, aun luego de anoticiados, ante lo que removieron el contenido, posteriormente, permitieron nuevamente la ocurrencia de los mismos hechos.

Sobre la base de estos argumentos afirmamos que en nuestra opinión los administradores de YouTube.com son

[48] AZZOLIN Horacio . Interpretación del art. 73 Ley 11723 en relación con la exhibición de obras cinematográficas sin autorización. SJA 19 de enero del 2005

[49] En el mismo sentido CCC Sala VI Causa N° 41.181 “www.taringa.net y otros s/ procesamiento” Juzgado de Ins

participes necesarios respecto de los actos cometidos por sus usuarios y, en particular, por las reproducciones ilegítimas de obras protegidas que se hagan mediante su plataforma.