
(DES) PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL. PRINCIPALES TENDENCIAS LEGISLATIVAS, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES ARGENTINAS SOBRE LA DENOMINADA “PIRATERÍA INFORMÁTICA”

Adriana Margarita Porcelli¹

Resumen

Los grandes avances tecnológicos de las últimas décadas ocasionaron profundos cambios sociales y transformaron la economía y la cultura para siempre, originando un sistema económico y social en el que la generación, procesamiento y distribución del conocimiento y de la información es la principal fuente de productividad, poder y prosperidad. Actualmente el carácter físico de la economía se reduce, desmaterializándose en un mundo hiperconectado e inteligente y se digitalizan todo tipo de obras literarias y artísticas y hasta las experiencias personales se exponen en la Red. Las tecnologías digitales permiten la transmisión y utilización de todos los materiales protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos en redes interactivas. La transmisión de todo tipo de obras culturales por Internet, la mayoría de las veces sin cargo y sin tener en cuenta su ilegitimidad, es cada vez más frecuente, como una práctica cotidiana, eliminando las barreras del espacio y tiempo, facilitando una comunicación ubicua y asincrónica. El presente trabajo aborda el conflicto de intereses entre las empresas culturales y los autores, por un lado y el público consumidor, por el otro, en cuanto a la transmisión a través de la Red y en forma gratuita de las obras protegidas por el derecho de autor, presentando los principales fundamentos en ambos sentidos y centrándose en la legislación y los casos jurisprudenciales argentinos relativos al tema.

Palabras Claves: Era Digital – Derechos de Autor – Piratería Informática – Internet - Industrias Culturales

INTRODUCCIÓN. LA ERA DIGITAL

La era industrial se caracterizó por la acumulación del capital y de la propiedad física, en cambio, en la nueva era lo estimable son las formas intangibles de poder que se presentan en paquetes de información y en activos intelectuales, por lo que el carácter físico de la economía se reduce. Por consiguiente, tiene una base tecnológica, de información y comunicación de base microelectrónica y una forma central de organización cada vez mayor, que es Internet. Internet no es una tecnología, es una forma de organización de la actividad.

¹ Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando la Actualización en Derecho Informático. (UBA). Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria. Miembro de Comisiones de Plan de Estudio de las carreras de Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética (Universidad Nacional de Luján). E-mail: adporcelli@yahoo.com.ar

(CASTELLS, 2001, p. 82-84)

El hecho es que se avanza hacia la desmaterialización de los productos físicos que durante largo tiempo fueron la medida de la riqueza en el mundo industrial. Las computadoras se encuentran entre los innumerables productos que se desmaterializan, es más, la PC IBM original, que se introdujo en 1981, pesaba 20,1 kg. por el contrario, la MacBook Air de Apple pesa solamente 1,08 kg. con Core i5 de Intel de doble núcleo a 1,4 GHZ.

El debate sobre la propiedad de los libros en oposición al acceso on-line a las publicaciones se ha extendido considerablemente en el mundo relacionado con las bibliotecas, significando el paso de la adquisición de colecciones completas sobre un tema de investigación a poner el énfasis en el desarrollo de métodos efectivos que permiten mantener el acceso a dichos materiales.

Durante años se ha venido anunciando la muerte de la imprenta; ahora parece que el acceso electrónico a los materiales comienza a ser una realidad para la primera generación de jóvenes que han crecido con computadoras y quienes se encuentran más cómodos accediendo a la información que reciben en una pantalla que mirando una página escrita.²(RIFKIN, 2000, p. 57, 58)

Otro buen ejemplo de la economía del ciberespacio es la distribución digital de música por medio de Internet, permitiendo a las compañías discográficas deshacerse de los distribuidores, de los grandes depósitos, suministros y embalajes, ahorrando en todos los costes que van unidos a la manipulación y comercialización de la versión física de la grabación.

En consecuencia, comenzaremos explicando brevemente el concepto y características de los bienes digitales en contraposición de los materiales, presentaremos los principales argumentos a favor y en contra de la penalización de la transmisión de obras protegidas por el derecho de autor sin cargo, para profundizar en el análisis de la legislación argentina tanto de fuente interna como convencional- vale decir internacional- y su aplicación jurisprudencial, en cuanto a los medios de protección del derecho de autor en un mundo altamente digitalizado, que constituye el objetivo del presente trabajo. En cuanto a la metodología adoptada, la temática se aborda desde la observación de los documentos legislativos, los principales fundamentos a favor y en contra de las descargas ilegales, para posteriormente, constatar, con el método empírico, su interpretación a nivel jurisprudencial en Argentina.

² Rifkin nos brinda varios ejemplos ilustrativos sobre la acelerada transformación de los bienes en puros servicios, uno de ellos es el caso de la Enciclopedia Británica, que hasta no hace mucho tiempo, la colección completa de los 32 volúmenes de la misma costaba 1.600 dólares. A comienzos de la década de los noventa, Bill Gates se acercó a la empresa con la idea de crear una versión digital de su producto que pudiera distribuirse como CD-ROM a un precio unitario mucho más barato. No obstante, los responsables de la empresa rechazaron el acuerdo. Ante esta situación, Gates compró la empresa Funk y Wagnalls, y creó la enciclopedia digital conocida como Encarta, elaboró un CD-ROM con la versión electrónica de la misma. Además de venderse por una parte de su coste, la enciclopedia Encarta de Microsoft se ponía al día y se mejoraba continuamente.

LOS BIENES DIGITALES Y EL DERECHO DE AUTOR. LAS INDUSTRIAS CULTURALES

En el siglo XX aparece un nuevo bien, consistente en una lista más o menos larga de unos y ceros, al que se le denomina bien digital. La digitalización³ hace posible su masificación transformándolos en bienes abundantes, de disponibilidad ilimitada y común, en la medida en que permanezcan bajo el dominio público. Un signo inmaterial se puede convertir en mercancía si se puede objetivar, circular, intercambiar y vender, y quienes poseen el dominio de un bien inmaterial, sólo pueden vender, mediante patentes y copyrights, los derechos de acceso o de uso bajo licencia, pero no pueden vender, aunque lo deseen, la propiedad misma del bien intangible, tal como se haría con una verdadera mercancía.

En consecuencia, los bienes digitales son todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, es decir, que están compuestos por ceros y unos y que las computadoras se encargan de interpretar y presentarlos en la forma de información, bases de datos, programas de computadora, imágenes, música, sitios web, textos, libros, videos, entre muchos otros.

Entre las principales características se encuentran: la capacidad de las personas para que con una computadora puedan realizar infinitas copias perfectas de un bien, modificarlo, mezclarlo y transformarlo, sin necesidad de invertir grandes cantidades de dinero y con la posibilidad para distribuirlos, de manera instantánea y muy económica alrededor del mundo, gracias a Internet. A su vez, se presentan ilimitados, infinitos, inagotables, no consumibles, no contradictorios entre sí y basados en la abundancia. Por lo cual, se presenta el conflicto con los derechos de aquellos propietarios que no quieren que se realicen copias ilegales de sus productos de manera descontrolada. Hace algunos años, los autores y propietarios de bienes culturales no tenían que preocuparse de las copias ilegales, no era sencillo realizarlas y no eran una práctica común; hoy día es una práctica común, en especial, entre los usuarios más jóvenes de computadoras, teléfonos celulares e Internet. (NEGROPONTE, 1995, p.101-105).

Las innovaciones tecnológicas y las nuevas formas de expresión creativa han tenido un gran impacto en

³ Digitalizar es convertir cualquier señal de entrada continua, analógica- como una imagen o una señal de sonido- en una serie de valores numéricos. El propósito es facilitar su procesamiento, codificación, compresión, y hacer que la señal resultante- la digital- sea más inmune al ruido y a otras interferencias a las que son más sensibles las señales analógicas. Existen diferentes formas de digitalizar información, generalmente depende del tipo de información: por ejemplo, una fotografía en papel suele digitalizarse empleando un escáner, en cambio, el sonido suele digitalizarse empleando un micrófono, que lo transmite a la placa de sonido y el mouse toma los movimientos de la mano. La digitalización es el proceso mediante el cual un mensaje se convierte en una sucesión de impulsos eléctricos, equivalente a dígitos combinados, código binario - el 0 ó el 1-. En realidad, es una serie de apagado y prendido de impulso combinados. Estos dígitos son los llamados bits. Para mayor información, consultar en: PERALTA, Jonathan; SALAZAR, Luis; RIVAS, Rodrigo. (s.f.) "Digitalización" **Multimedia**. Disponible en <<http://www2.udec.cl/~lsalazarv/digitalizacion.html>> Acceso en: 17/03/2016

el derecho de autor⁴ y en las comunicaciones aumentando la importancia económica de tal derecho.

Todo el sistema legal de protección de los derechos de autor reconoce dos objetivos principales: retribuir al autor, y promover el arte y la cultura. El primer objetivo está relacionado con la justicia. Si el autor no recibe una retribución por su creación, pierde el incentivo para crear una nueva obra, pero este derecho reconoce limitaciones⁵

En cierta forma existen intereses contrapuestos entre el autor y quienes quieren acceder a la cultura. El autor, generalmente va a querer evitar que su obra sea utilizada sin su autorización y/o sin recibir nada a cambio. En tanto, los "usuarios" de la cultura, buscarán acceder de la manera más irrestricta posible a esa obra, ya que es indudable que dicha obra forma parte de la "cultura" (VIBES, 2006).

La aparición de la cinta magnética, la fotocopiadora, el CD, DVD, Blu Ray, las computadoras y los programas de computación, las bases de datos, las transmisiones por satélite y la distribución por cable y, en general, el advenimiento de las superautopistas de la información que combinan la tecnología digital y las telecomunicaciones, han producido un cambio en la forma tradicional del derecho de autor⁶, dando lugar, entre otras cosas, a la aparición y consolidación de poderosas industrias de bienes culturales.⁷

LEGISLACIÓN ARGENTINA INTERNA E INTERNACIONAL

La protección del derecho a la propiedad intelectual está expresamente prevista en el artículo 17 de la Constitución argentina de 1853 al establecer que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley y, conforme Badeni (2004, p.836, 837), está

⁴Podemos conceptualizar al derecho de autor como el cuerpo de leyes que concede a los autores, artistas y demás creadores, protección por sus creaciones literarias y artísticas, a las que generalmente se hace referencia como "obras". Tiene que ver también con prácticamente todas las formas y métodos de comunicación pública, no sólo las publicaciones impresas, sino también la radiodifusión sonora y de televisión, películas para exposición pública en los cines y sistemas computarizados. Conforme Lipszyc (2003) se entiende por derecho de autor desde el punto de vista subjetivo, al conjunto de facultades del que goza un autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada; y desde el punto de vista objetivo, se refiere a la denominación que recibe la materia que trata estos asuntos. El contenido de los derechos de autor abarca los llamados derechos morales y los patrimoniales y ambos son ejercidos sobre la obra como objeto de protección.

⁵ Para ampliar el tema ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Las Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital**. Paraguay: Publicaciones OMPI/SGAE, 2005, 36 p.

⁶ Dentro del ámbito de derechos estrechamente relacionado con el derecho de autor es el de los "derechos conexos", que conceden derechos - aunque a veces más limitados- a favor de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras. Los beneficiarios de los derechos conexos son los artistas intérpretes o ejecutantes, tales como los actores y los músicos, los productores de grabaciones sonoras y los organismos de radiodifusión. (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. OMPI, 2002, p.19, 20)

⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. UNESCO **Políticas para la Creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativa**, Paris: UNESCO, 2010, 153 p. Textualmente, en la página 17 las define como: "Aquello sectores de actividad organizada que tienen como objeto principal la

complementado por el artículo 14 de la Constitución, que reconoce a todos los habitantes del país la potestad de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Por otra parte, los derechos sobre la creación y la investigación científica, han sido conjuntamente protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los que se destacan, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁹

El Derecho de Autor, en la actualidad, se encuentra plenamente reconocido en diversos tratados internacionales, entre los más tradicionales al respecto pueden señalarse: el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, última modificación Acta de París de 1971, conocido comúnmente como Convenio de Berna¹⁰ - que es el más antiguo e importante tratado internacional en materia de derecho de autor reconocido y firmado a nivel mundial-, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, Ginebra 1952, revisada en París en 1971 y la Convención de Roma sobre la Protección de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961- conocida como la Convención de Roma-, la cual constituye la base internacional del reconocimiento de derechos exclusivos o de remuneración, según el caso, a los titulares de derechos conexos.

Desde que se aprobaron el Convenio de Berna y la Convención de Roma, o fueron revisados por última vez, hace más de 40 años, han surgido nuevos tipos de obras, nuevos mercados y nuevos métodos de utilización y divulgación. Para dar respuesta a los desafíos que plantean las tecnologías digitales actuales, en particular, la divulgación de material protegido por redes digitales como Internet, en el ámbito internacional comenzó la preparación de nuevas normas obligatorias en dos foros: en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT (siglas en inglés de General Agreement on Tariffs and Trade) y en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. En 1994, en el marco de la Ronda Uruguay del GATT, se firmó el acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio, OMC, uno de cuyos anexos fue el "Acuerdo Sobre los

producción o la reproducción, la promoción, la difusión y/o la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial" (UNESCO, 2010, p.17)

⁸ Dicho artículo establece, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, y en segundo que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones que sea autora. Conforme la reforma constitucional de 1994, art. 75 inc. 22, este Tratado goza de jerarquía constitucional

⁹ Señala que los Estados partes tienen que garantizar que toda persona que sea autora de las producciones científicas, literarias o artísticas pueda beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales. Conforme la reforma constitucional de 1994, art. 75 inc. 22, este Tratado goza de jerarquía constitucional

¹⁰ Dicho Convenio fue adoptado en 1886, ratificado, hasta el 15/10/2014, por 168 países, administrado actualmente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sufrió revisiones periódicas, a saber: revisado en París (1896) y en Berlín (1908), completado en Berna en 1914 y revisado nuevamente en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971), y, por último, fue objeto de enmienda en 1979. En el artículo 2 párrafo 1 afirma que la protección de las obras deberá extenderse a "todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión".

Aspectos de Los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio", ADPIC, también conocido por sus siglas en inglés, TRIPS,¹¹ en el artículo 10 inciso 1º contempla específicamente que los programas de computación y las compilaciones de datos serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna. En dicho Acuerdo no se daba respuesta a todos los problemas planteados por las nuevas tecnologías por lo que se juzgó oportuno introducir aclaraciones. En consecuencia, se adoptaron dos Tratados en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, comúnmente conocidos como los Tratados de Internet porque, hasta la actualidad, son los únicos instrumentos internacionales de vocación mundial que se refieren a la utilización en línea, en el entorno digital y de redes de obras protegidas por el derecho de autor. Palacios López & Antequera Herrera (2000, p.12) afirman que responden a la necesidad de adaptar la legislación de los países miembros y crear nuevas normas para dar respuesta a los problemas planteados por la tecnología digital y particularmente por Internet, reconocido en el propio preámbulo. Las cuestiones abordadas en ese contexto se denominaron de forma conjunta "agenda digital" (OMPI, 1998, p.5)

Los Tratados son: el Tratado de la OMPI de Derecho de Autor, WIPO Copyright Treaty, WCT, siglas en inglés o TODA, siglas en español y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT, siglas en inglés o TOIEF, en español. El objetivo de los Tratados consiste en actualizar y completar los principales tratados de la OMPI sobre el derecho de autor y los derechos conexos para adaptarse a los nuevos acontecimientos que se producen en el mercado y a la evolución de las tecnologías. (LIPSZYC, 2004, p.4, 9). Estos Tratados, que se consideran vitales para otorgar seguridad jurídica en el comercio electrónico, se ocupan de la definición y el alcance de los derechos en el medio digital, así como algunos de los problemas del ejercicio y observancia de los derechos y la concesión de licencias en línea. Todo acto de reproducción o comunicación pública como la digitalización, el almacenamiento en un soporte electrónico, la transmisión digital de contenidos protegidos por el derecho de autor a través de las redes digitales, así como la distribución o transformación, debe ser previamente autorizado por el autor o titular, tal como sucede en el entorno analógico.

En virtud de las Declaraciones Concertadas al WCT relativa al Artículo 1.4 y a la WPPT relativa a los Artículos 7, 11 y 16 se dispuso que una transmisión digital del contenido implica la realización de una copia, y cuando se accede a una obra protegida a través de un servidor y un usuario recibe una copia, se puede invocar el derecho de reproducción. En el mismo sentido, se reafirmó que el almacenamiento en la memoria de una computadora debe ser considerado un acto de reproducción.

Como era insuficiente el reconocimiento de los derechos de autor y derechos conexos, sobre todo en

¹¹ Siglas en inglés de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, el cual fue ratificado por el Congreso argentino mediante ley 24.425, sancionada el 7 de diciembre de 1994.

Internet, en los artículos 11 y 12 del WCT, 18 y 19 del WPPT, se adoptaron medidas técnicas de protección y de información sobre el régimen de derecho y que las mismas fueran protegidas por disposiciones legislativas. (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, 2004, p.26)¹² Al igual que el ADPIC, expresamente protege los programas de ordenador y las compilaciones de datos u otros materiales. En cuanto al almacenamiento de obras en forma digital en soporte electrónico - alcance del derecho de reproducción-, proporciona una respuesta al problema de las reproducciones provisionales, almacenamientos temporales, transitorios o accesorios reconociendo el derecho de reproducción en forma amplia, de modo que comprende la inclusión de una obra o de parte de ella en un sistema de computación, independientemente de la permanencia de la fijación. También confiere, como nuevos derechos, el de distribución, de alquiler y el de comunicación al público, abarcando la comunicación interactiva y previa solicitud por Internet. Una vez que el destinatario del servicio realice el pedido de esa obra, se pone en marcha, automáticamente, el proceso de su transmisión a la computadora personal de ese destinatario, donde se producen indefectiblemente múltiples reproducciones y todas ellas están cubiertas por el mencionado derecho de reproducción. Finalmente, cabe que el destinatario realice además una copia permanente de la obra en cuestión, también esta copia está sujeta al derecho de reproducción (LIPSZYC, 2004, p.23, 24).

El sistema jurídico argentino de fuente interna que hoy regula la propiedad intelectual en la Argentina está normado por la Ley N° 11.723 sancionada el 28 de septiembre de 1933, hace ya más de ochenta años y sus modificaciones posteriores, la más significativa en cuanto a las nuevas tecnologías, fue la Ley N° 25036 denominada Ley de Software - sancionada el 14 de octubre de 1998 y promulgada en noviembre del mismo año-, que modifica los artículos 1º, 4º, 9º y 57º e incorpora el artículo 55 bis a la Ley 11723. La misma enumera, entre las obras protegidas, a los programas de computación fuente y objeto, y las compilaciones de datos o de otros materiales, su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos. Nuestra jurisprudencia entiende incluidos en el listado de obras protegidas a las obras audiovisuales en general, lo que permite que se protejan los “video-tapes”, “video-cassetes”, discos audiovisuales y “video-clips” entre otros. Asimismo, el artículo 2 establece una fórmula taxativa en cuanto a los derechos de autor¹³. Sin embargo, algunos autores, como Aguirre (2006) consideran que la misma dejó abierta para el futuro cualquier forma nueva de reproducción que para la fecha de su sanción hubiera resultado desconocida. (AGUIRRE, 2006, p.83-92)

El artículo 72, inc. a) considera un caso especial de defraudación a quien reproduzca por cualquier medio

¹² Las medidas tecnológicas de protección previstas son sistemas de control y acceso por parte del titular de la obra, las cuales no serían de mucha utilidad si no estuvieran, a su vez, protegidos por la legislación de derechos de autor tanto nacional como internacional. Ver: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. Marco Jurídico Internacional del Derecho de Autor y los Derechos Conexos de Berna (1886) a los Tratados de la OMPI (1996) In **II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial**. Buenos Aires: CADRA/ OMPI/ IFRRO/ CEDRO, 2004

o instrumento una obra sin autorización de su autor o derechohabientes. Por su parte, la Ley N° 23.741 del 18 de octubre de 1989 incorporó el artículo 72 bis, el cual reprime con prisión de un mes a seis años a quienes realicen alguna de las conductas ilícitas enumeradas en el mismo, a saber: reproducir y/o facilitar con fin de lucro un fonograma sin autorización de su productor o del licenciado del productor, reproducir copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio, almacenar o exhibir copias ilícitas y/o importar las copias ilegales para su distribución al público.

En consecuencia, para la ley argentina la descarga de temas musicales con regulación de derecho de autor y sin autorización de su titular, aún para uso privado, se encuentra tipificado por la Ley N° 11.723 como delito penal. En efecto, esta ley protege a todo autor de una obra que haya sido utilizada sin autorización a través de cualquier medio, incluyendo dentro de tal concepto a las descargas por intermedio de programas p2p. La ley argentina de propiedad intelectual es una de las más restrictivas, casi no tiene excepciones o límites al derecho de autor, subsiste el problema de las Bibliotecas y no contempla en momento alguno el tema de la copia privada. Sin embargo, es necesario aclarar que, a partir de la reforma constitucional de 1994, todos los Tratados Internacionales gozan de jerarquía suprallegal y los Tratados sobre Derechos Humanos en ella enumerados tiene jerarquía constitucional y los demás-siempre sobre derechos humanos-que posteriormente la adquieran por la aprobación de la mayoría calificada.¹⁴ Por tanto, en este aspecto se aplica lo establecido en la Convención de Berna, en ADPIC y en los Tratados de Internet de la OMPI.

¹³ El artículo 2 dispone que el derecho de autor comprende 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.

¹⁴ Textualmente el art. 75 in. 22 dispone: “Art.75: Corresponde al Congreso 22.- Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos no constituyen tratados, no obstante, se reconoce valor vinculante a sus contenidos, fundamentalmente teniendo en cuenta la práctica de los Estados al respecto, como costumbre jurídica internacional. En la actualidad, tres Tratados sobre Derechos Humanos obtuvieron la jerarquía constitucional por el voto calificado. Ellos son: la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En total, hasta la fecha, son catorce Tratados sobre Derechos Humanos los que tienen jerarquía constitucional- los once expresamente enumerados en el art.75 inc. 22, más los tres que la obtuvieron posteriormente por el voto calificado

En virtud del Decreto 554/97 se declaró de Interés Nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial Internet y la Ley N° 26.032/2005 denominada Servicio de Internet, estableció que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Un tema muy interesante lo constituyen las selfies, su intercambio se encuentra en crecimiento vía redes sociales como Facebook e Instagram. Frente a este hecho social, que recién comienza, la selfie obtiene protección legal en el artículo 31 de la Ley N° 11.723 que establece que el retrato fotográfico de una persona se encuentra bajo su órbita de control y no puede ser utilizado sin su consentimiento. El Código Civil y Comercial, vigente a partir de agosto del 2015, en el Capítulo 3 (Derechos y Actos Personalísimos) artículo 53, titulado Derecho a la imagen, impide cualquier reproducción, publicación, difusión y/o captación de la imagen o la voz de la persona por cualquier medio sin su consentimiento.¹⁵ (HERRERA et al, 2015, p. 131-133)

LA PIRATERÍA INFORMÁTICA. INTERCAMBIO PEER TO PEER

La divulgación de obras intelectuales por la red es el acontecimiento más reciente relacionado con los derechos de autor y plantea numerosas cuestiones. En los últimos años, se ha popularizado el uso del término “pirata” para hacer referencia a todas aquellas personas que descargan archivos de Internet, en la mayoría de los casos en forma gratuita, en supuesta violación de los derechos de propiedad intelectual. En realidad, no existe un repudio generalizado a estas conductas, porque precisamente, es cada vez más numeroso el sector de los usuarios de Internet que adoptan esta práctica como cotidiana, poniendo en duda su posible ilegitimidad. El uso masivo de los archivos mp3 y de las redes P2P es considerado un fenómeno social y cultural que ha revolucionado tanto la industria musical como la cultura en sí. No obstante, hay un hecho importante en esta posible creencia popular que el intercambio P2P es algo permitido, es decir, consideran que no están cometiendo un delito.

El término piratería, en el Derecho Internacional Público, es definido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, 1982, CONVEMAR, en el artículo 101:

Definición de la piratería:

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con

¹⁵Reconoce como fuente el artículo 31 de la Ley 11.723, el que no deroga, sino que continúa vigente. Sin embargo, en caso de existir diferencias entre ambos textos, el núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Código, en consecuencia, se aplicará, la norma más protectora de los derechos. El artículo en análisis, a diferencia del art. 31 contempla “la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga”, incluyendo cualquier forma de registro (visual, auditivo o audiovisual) que incluya grabaciones, filmaciones, retratos, caricaturas o esculturas, receptando los cambios legales, doctrinales y jurisprudenciales. A su vez, establece tres excepciones, a saber: participación en actos públicos, interés científico, cultural o educacional prioritario y/o ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. Ver HERRERA, Marisa.; CAMELO, Gustavo.; PICASSO, Sebastián. **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infójus, 2015, p.131-133, 631 p.

un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

- i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;
- ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente (ONU, Convención sobre Derecho del Mar, 1982, p.72).

La piratería se considera una ofensa o ataque al Derecho de gentes, y por tanto un delito “Ius Gentium”, un Delito contra la Humanidad.

Consideramos que el derecho de autor presenta un punto de vista totalmente distinto y si bien no existe una definición legal de la piratería informática, puede entenderse que la misma comprende todo acto de violación del derecho de autor, bien sea por la obtención y distribución de copias sin la previa autorización expresa del autor, o bien por la comunicación pública y puesta a disposición de contenidos de manera ilegal. Igualmente, la introducción de mercancía pirata a un territorio. Tal circunstancia puede comprender la violación de derechos morales y patrimoniales, afectando las creaciones artísticas, literarias, inventos tecnológicos, software, logotipos, marcas, patentes y servicios.

Aunque el término piratería en términos de copia no autorizada es popularmente aceptado, algunos abogan, entre ellos Richard Stallman y otros partidarios del software libre, para que se evite su uso y en su lugar se utilice el término “copia no autorizada o copia prohibida” entre otros, por la connotación negativa de la expresión pirata utilizado en forma despectiva por quienes intentan proteger la propiedad intelectual. Como señala Bullard:

Las películas suelen mostrarnos a los piratas como seres desalmados, que atacaban barcos indefensos para robarles su carga. Bajo la célebre bandera negra con una calavera y dos huesos cruzados, los piratas son los malos de la película. La misma imagen de la calavera y huesos es usada hoy para criticar y combatir la forma de piratería moderna: la violación de los derechos de propiedad intelectual. (BULLARD, 2005, p.1)

De acuerdo a Lipszyc (1994) la piratería de obras y productos culturales es la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, venta y cualquier forma de distribución comercial, ilegal, de ejemplares, libros e impresos en general, discos, casetes, de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de las mismas, de programas de ordenador y de bancos de datos. La expresión “piratería” se utiliza también para denominar la representación, la reemisión y toda otra utilización no autorizada de una obra o de una emisión de radiodifusión. Existen también otros actos adicionales de piratería que se realizan en relación con las copias piratas, tales como el embalaje o la preparación del embalaje de las copias, la exportación, la importación y el tránsito, la oferta en venta, alquiler, préstamo u otra forma de distribución de las copias piratas, y la posesión con la intención de realizar alguno de los actos anteriores.

Se destaca igualmente como una forma de piratería, la falsificación de productos comerciales, que ocurre cuando se reproduce una obra editada, un fonograma, un soporte lógico o software, una obra audiovisual, ostentando falsamente el nombre, la designación o la marca del editor autorizado, del productor o del licenciatario autorizado del mismo. En estos eventos se configura otro delito también: la falsificación de marcas. (LIPSZYC, 1994)

Por otra parte, el Glosario de la OMPI define el plagio como: “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”. (OMPI, 1980, Voz Nº 188)

De igual modo, Lipszyc (1994) señala que el plagio es el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor presentándolos como propios. Tal acto constituye una violación al derecho moral de paternidad del autor de la obra plagiada, pues el que realiza el plagio sustituye la verdadera autoría por la suya; también vulnera la integridad de la obra y atenta contra el derecho moral de integridad, pues el plagiario usualmente intenta ocultar o disfrazar el plagio realizando modificaciones a la obra plagiada.

Según su objeto, existen diferentes tipos de piratería: de software, de música, de videojuegos, de películas y de libros

La naturaleza de los bienes y servicios protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos permite que se den dos tipos de comercio electrónico con ellos: el indirecto, que utiliza Internet únicamente como canal de promoción, mercadeo, oferta, e incluso de pago de estos productos y servicios, pero su distribución o realización del servicio debe hacerse de manera física; y el directo, en el que todo el proceso de comercialización se da en línea, incluyendo el pago y entrega del producto o la realización del servicio. Los más frecuentes en esta materia, son los contratos business-to-consumer, B2C, a través de los cuales el consumidor utiliza, adquiere o accede a la obra -ya sea musical, literaria o audiovisual- o programa de computador. La música y las películas plantean un mercado B2C, pues son generalmente transmitidas a los consumidores finales a través de la red o de dispositivos móviles.

La modalidad de compartir archivos punto a punto, peer-to-peer -P2P-, es decir, el sistema de intercambio de archivos file-sharing, ha sido común para el mercado de la música y de las películas y es un mercado consumidor-a-consumidor- C2C- que es difícil de eliminar, puesto que los consumidores se han habituado a esta manera de consumo. El sistema peer-to-peer, -P2P- file sharing, es una creación tecnológica que permite compartir e intercambiar todo tipo de archivos por medio de la red a través de la computadora. Se trata de una red informática entre iguales.¹⁶

¹⁶ Estos programas permiten que una persona, desde su computadora y con una conexión a Internet pueda chequear, en pocos segundos, quienes de los usuarios de Internet que utilizan el mismo programa tienen en su disco rígido el archivo buscado y luego

A este respecto, como señaló Omán (1998) “en este nuevo entorno, cada consumidor que se conecta, es un autor, un editor y un infractor en potencia, las tres cosas al mismo tiempo o en diferentes momentos”. (OMÁN, 1998, p. 29)

Sin embargo, aclaramos que no todo lo que se distribuye o comparte en la red es piratería, las descargas legales- downloads- están en pleno auge y, entre muchos de estos ejemplos, tenemos a la cultura libre, que es una corriente de pensamiento que promueve la libertad en la distribución y modificación de trabajos creativos basándose en el principio del contenido libre para distribuir o modificar trabajos y obras creativas, usando Internet, así como otros medios. Para esto comparten y distribuyen obras de dominio público. De esta forma, mucha de la información, libros, música, películas y programas de cómputo que se comparte en la red, ya sea en redes de pares o archivos alojados en la Web, son completamente legales y se fomenta su distribución y redistribución en forma libre y gratuita, ya que ese es su objetivo.

En primer término, la introducción de una obra intelectual en un sitio Web al que se accede a través de Internet, constituye un acto de comunicación pública y, como tal, requiere la expresa autorización previa de su autor para que el usuario que ingrese luego a ese sitio acceda a la obra. Este proceso constituye el upload de la obra, que, si no cuenta con la debida autorización del autor, tal incorporación es un acto ilícito generador de responsabilidad tanto para el titular del sitio, como incluso en algunos casos para los Proveedores de Servicios de Internet, ISPs

Seguidamente, se produce un segundo proceso, que es la descarga de la obra desde el servidor en donde está alojada, al ordenador del usuario para que éste pueda visualizarla, denominado download de la obra, que es evidentemente un acto de reproducción, ya que implica la transferencia de la obra desde el servidor de hosting donde está alojada, a la memoria RAM del ordenador del usuario. Pero se trata de una reproducción de carácter temporaria y volátil, necesaria para que el usuario pueda visualizarla en pantalla.

En el caso que el autor no quiera que tal descarga se realice en forma libre, debe restringir el acceso a determinadas personas o mediante el pago de un canon, uso de claves o cumplimiento de alguna condición.

pueda descargarlo en su propia computadora. De esta forma, el P2P permite que se almacenen archivos en la propia computadora, que los usuarios busquen los archivos de su interés y, por último, que se transfieran copias exactas desde una PC a la otra por intermedio de Internet. El P2P se basa, principalmente, en la filosofía e ideales que todos los usuarios deben compartir, conocida como “filosofía P2P” y es aplicada en algunas redes en forma de un sistema de méritos, donde el que más comparte, más privilegios tiene y dispone de mayor acceso y de manera más rápida a mayores contenidos. Con este sistema se pretende asegurar la disponibilidad del contenido compartido, ya que de lo contrario no sería posible la subsistencia de la red. En el caso de la música, el formato de archivo de descarga más conocido es “mp3”. Se trata de una tecnología de compresión digital que permite que los archivos de audio sean comprimidos en una escala de 1 a 12, permitiendo ser transmitidos por la red a una mayor velocidad pues logra que la cantidad de megabytes sea menor. El secreto de la compresión de los archivos radica en que se eliminan partes de la canción que no son percibidos por el oído del común de la gente.

¹⁷Posteriormente, ya con la obra desplegada en la pantalla del usuario, éste puede almacenarla en el disco duro de la computadora, guardarla en un CD, DVD, Blu Ray o cualquier otro elemento de almacenamiento externo y/o efectuar una copia de la misma en una impresora, siempre que la posibilidad de impresión está habilitada generalmente con un botón a los fines de la impresión de la misma que nos deriva a nuestra impresora- de lo contrario, al salir de la actividad inherente a Internet, implicaría un acto de reproducción no autorizado. Este es un proceso de descarga totalmente legal. (VILLALBA DÍAZ, 2001)

Ahora bien, frente a la postura que sostiene que la obra digital en la Red debe ser objeto de protección contra su reproducción no autorizada, surge también hoy en día una corriente que proclama su libre utilización en Internet, argumentando que debe reconocerse a los usuarios el acceso irrestricto e incondicionado a la totalidad de los contenidos incorporados a la red, ya que, de no ser así, se impediría gozar del derecho a la cultura.

Así, la Electronic Frontier Foundation, EFF, asociación sin fines de lucro, ha sido una de las más arduas defensoras de que Internet no tenga ningún tipo de regulación pública y hasta se ha enarbolado como una forma de activismo social, como es el caso The Pirate Bay, en el momento en el que se quiso limitar el libre flujo colaborativo y de libre compartir documentos e información. Entonces, surgieron propuestas políticas concretas, como la del partido sueco Pirate Party, en las que se entiende que la llamada lucha de los derechos de autor (copyfight) es una lucha social y, entre otras cosas, requiere de una figura legal- un partido con representatividad parlamentaria- para hacer frente a los equipos jurídicos de las corporaciones a través de los que se amedrenta a los consumidores y con los que se orquesta el lobby para establecer leyes que defiendan y favorezcan los privilegios de las empresas de la comunicación y del entretenimiento. Lessig- abogado, especialista en Derecho Informático- en su libro Cultura Libre, defiende un modelo de flexibilización de los derechos de autor como nuevo paradigma para el desarrollo cultural, destacando que, cada una de las industrias de entretenimiento, nació de una forma de piratería, por ejemplo, la industria del cine de Hollywood fue construida por piratas en fuga. ¹⁸(LESSIG, 2005,

¹⁷ Pero además de este proceso de visualización por parte del usuario, simultáneamente la obra se almacena también en la memoria caché del disco del ordenador del mismo, para que el acceso futuro a esa obra no provoque, en cada oportunidad, una nueva transferencia desde el sitio de hosting, y así lograr una mayor velocidad en la visualización. Pese a ser un acto de reproducción, debe también considerarse implícitamente autorizado por el autor de la obra, ya que es un proceso automático y ajeno a la voluntad del usuario y se produce como consecuencia del proceso técnico de visualización en Internet.

¹⁸ Creadores y directores emigraron desde la costa este a California, a principios del siglo XX, en parte para escapar de los controles de las patentes concedidas al inventor del cine, Thomas Edison, que estaban basados en la propiedad creativa de Edison, expresada en patentes. En enero de 1909 se fijó una fecha límite para que todas las compañías cumplieran con la licencia. Quienes se llamaban a sí mismos “los independientes”, protestaron y siguieron con su negocio sin someterse al monopolio de Edison, usando equipo ilegal y celuloide importado para crear su propio mercado underground. Uno de los que se opuso a tal monopolio fue William Fox. En represalia se interrumpieron las filmaciones con el robo de la maquinaria, y con frecuencia ocurrían accidentes que resultaban en la pérdida de negativos, equipo, edificios y a veces vidas. Esto condujo a que los independientes huyeran a California, suficientemente lejos del alcance de Edison para que allí los cineastas pudieran piratear sus inventos sin miedo a la ley. Y esto es lo que los líderes de la industria del cine de Hollywood, con Fox a la cabeza, simplemente hicieron, para cuando aparecieron suficientes policías federales, las patentes ya habían expirado. Una nueva industria había nacido, en parte a partir de la piratería de la propiedad creativa de Edison, así surgió la Twenty Century Fox justamente en base a la piratería

p.46). Un ejemplo notable de la empresa que usa el copyright contra el público es Disney, en 1984, Disney perseguía a tres escuelas de Florida porque habían pintado un dibujo de Mickey mouse en el muro de una guardería sin permiso previo. A pesar de la pésima publicación que esto les generó, han continuado persiguiendo a la gente hasta llegar a extremos indecentes. En junio del 2006 una pareja de ingleses le pidió permiso a Disney para poner una loza con la imagen del oso Winnie the Pooh sobre la tumba de su bebe que nació muerto. Disney le negó el permiso advirtiéndole al artesano encargado por los padres, que estaría violando el copyright de Disney si se incluía la imagen del personaje en la loza. Poco después, debido a la presión del público y de los medios de comunicación, los abogados de Disney cedieron y le concedieron a la pareja permiso para usar la imagen del oso amarillo sobre la tumba de su hijo muerto.

Vibes (2006) con una visión totalmente contraria, comenta que estos movimientos buscan "demonizar" a las industrias dedicadas a producir bienes culturales de consumo masivo, pero hay que tener en cuenta que en toda sociedad donde se reconozca la propiedad privada, todo aquel que sea propietario de algo, en este caso, una empresa o un autor, buscará protegerlo. No es condenable pretender obtener un beneficio por su propio trabajo. Además, toda empresa de entretenimiento se beneficia con la venta de bienes culturales a cambio de una fuerte inversión que, por otro lado, favorece al progreso cultural. La piratería daña todo el proceso creativo y la fuente de ingresos de muchas familias. En cambio, si empezamos a usar sitios de Internet en los que se puede acceder a la música en forma legítima, podrán surgir los puntos de encuentro.

Sin embargo, el debate continúa con fundamento en ambos sentidos, Molina Quiroga en la Jornada Académica en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de La Plata, en conmemoración del Día Mundial de la Libertad de Expresión, el día jueves 3/5/12 expresó que:

en general a las sociedades les cuesta aceptar que las cosas cambian. La sociedad es profundamente conservadora por temor. Hoy se mezclan fuertes intereses patrimoniales con temores. Yo me opongo 100% en contra de una posible regulación de Internet. El Derecho de autor hoy es un derecho que les permite a ciertas compañías multinacionales generar ingresos obscenos y no ha impedido que muchísimos autores hayan muerto en la pobreza. Hay que repensar como encontrar un equilibrio que garantice los capitales mínimos para que ciertos productos culturales tengan la misma difusión. En esta sociedad de la información, ¿se puede privatizar el conocimiento? Creo que no. (MOLINA QUIROGA, 2012, p. 5)

Por su parte, Martínez Fazzalari (2012) destacó que Internet

es el medio utilizado para recibir, buscar y difundir por las nuevas generaciones como forma de comunicación. Por eso cualquier modificación de norma o interpretación tendría que tener en cuenta esta nueva modalidad. Hay una responsabilidad directa de la industria audiovisual en esto. Sin dudas que descargar de Internet una canción a \$0 es una violación a la ley de propiedad intelectual. Sin embargo, la última vez que compré un CD de música salía \$70. Creo que, si la industria de medios no brinda una respuesta desde el punto de vista económico, tampoco se va a poder dar una respuesta a la protección de la propiedad intelectual (MARTÍNEZ FAZZALARI, 2012, p.6)

CASOS JURISPRUDENCIALES

Las primeras sentencias condenando tales prácticas se dictaron en Estados Unidos y posteriormente en la Unión Europea, las cuales fueron tomadas por un sector de la doctrina y de los tribunales argentinos para fundamentar sus decisiones. A continuación, comentaremos los casos más resonantes.

Históricamente, se señala como *leading case* a Napster. En diciembre de 1999 varias empresas discográficas- Seagram Co. Ltda Universal Music, Bertelsmann AG 's BMG, Sony Corp. 's Sony Music, AOL Time, Warner Music Group y EMI- iniciaron un juicio contra Napster, que era un servicio de distribución de archivos de música, en formato MP3, que utilizaba las llamadas redes P2P, creado por Shawn Fanning. Técnicamente consistía en una red centralizada que utilizaba un servidor principal para mantener la lista de usuarios conectados y archivos compartidos por cada uno de ellos. Las transferencias de archivos, sin embargo, eran realizadas entre los usuarios sin intermediarios. Los cargos fueron infracción de derechos de autor contributiva y responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro. La defensa de Napster se basó en que su accionar, así como el de los usuarios que compartían la música, era lícito ya que no distribuía ni reproducía música, y en que el intercambio entre los usuarios que compartían la música se efectuara a título personal y sin ánimo de lucro. Esto trajo a Napster una enorme popularidad y varios millones de nuevos usuarios. A diferencia de los casos planteados en la actualidad, la empresa demandada poseía sus propios servidores y éstos administraban la información de los archivos que cada usuario contenía, por lo cual, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito del Área Norte del Estado de California, en "A&M Records y otros v. Napster Inc.", en el 2001, consideró que Napster era un infractor de segundo grado de las violaciones a los derechos de autor, porque a través de su conducta había amparado a sabiendas las infracciones por parte de los usuarios del sistema.

A medida que los estrados judiciales fueron dando de baja a servidores como Napster, los diseñadores de software crearon otro mucho más elusivo: los *peer to peer*, P2P y, hoy en día, quien no accede a una red P2P puede descargar archivos musicales de otras formas que facilita la red, como ser páginas de alojamiento de archivos que permiten las descargas directas.

En virtud de tales prácticas, la Recording Industry Association of America, -RIAA-, en español Asociación de Industria Discográfica de Estados Unidos, comenzó a demandar no sólo a usuarios particulares sino también a las empresas que producían programas para intercambio de información, medida que perjudicaría también a los usuarios que compartían archivos en forma legal.

El caso comentado se remonta a octubre de 2001, cuando 28 compañías lideradas por la Metro Goldwyn Mayer -MGM- denunciaron a Streamcast Networks, responsable del software para las redes Gorkster,

Morpheus y KaZaA, por considerar que se estaba beneficiando a costa de las copias piratas que se distribuían a través de las redes de intercambio de archivos. El Tribunal Federal de San Francisco rechazó los cargos contra Gorkster y Morpheus al comparar a las redes P2P con las fotocopiadoras, por esa razón la responsabilidad recaería en el usuario y no en el fabricante de máquinas fotocopiadoras, fundamentando su decisión en una Resolución de 1984 de la misma Corte Suprema de Estados Unidos, cuando los estudios Universal demandó a Sony, a la que responsabilizó por el hecho de que la gente copiara en sus casas películas de Hollywood con sus videograbadoras. En aquella oportunidad, el máximo tribunal dictaminó que no se podía prohibir el desarrollo de una tecnología cuando existen usos legítimos para la misma y que no podía considerarse culpable a una empresa por el uso ilegal que los usuarios le den a su tecnología.

En igual sentido, Corte del Noveno Distrito rechazó la apelación deducida por MGM. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos, a diferencia de lo ocurrido en 1984, con el caso Betamax, consideró que, más allá del uso que cada individuo haga de un determinado producto, los fabricantes de tecnología son los que tienen que responder cuando se viola la ley. El fallo habilitaba a demandar a quienes producían esos programas, lo que podría derivar en el bloqueo de esas redes, con el consiguiente perjuicio para los usuarios.

La Corte ponderó que StreamCast distribuyó el clon open-source de Napster, OpenNap, para obtener una base de datos de e-mails de potenciales usuarios de Morpheus una vez que Napster dejara de existir. Eventualmente, utilizaría también las redes de OpenNap. Muerto Napster, StreamCast promocionó su nuevo software y llegó incluso a enviar e-mails a sus usuarios promocionando sus bondades para bajar tal o cual canción protegida con copyright. Además, el tribunal tuvo en cuenta los documentos internos de las empresas que revelaron que tenían por objetivo lograr que en sus redes estuvieran disponibles los archivos protegidos más buscados por los usuarios. En la sentencia, el juez David Souter escribió: “Consideramos que alguien que distribuye un producto con el objetivo de promover su uso para infringir el copyright puede ser responsabilizado de lo que hagan terceras partes con ese producto.”

El fallo fue considerado como un claro triunfo para la industria musical a la altura de la batalla que fue anteriormente librada contra Napster.

La reacción de los defensores del software libre no se hizo esperar: Beatriz Busaniche de la Fundación Vía Libre opinó que no se podía penalizar el uso de una herramienta porque alguien la usara ilegalmente, que no se podía demandar a la Ford porque un montón de automovilistas con autos de esa marca pasaran semáforos en rojo. Las P2P, continuó afirmando Busaniche, son comunicación entre máquinas privadas y no se puede prohibir el desarrollo de programas que pueden ser usados legalmente.

En contraposición, la abogada Delia Lipszyc, profesora de Derecho de Autor y Derechos Conexos, recibió gratamente el dictamen, señalando que el software cuestionado podía terminar devastando la creatividad

cultural y lo comparó con alguien que entraba a una librería y se llevaba los libros sin pagar, eso, el público no lo hacía porque tiene más escrúpulos con los objetos tangibles que con los intangibles y si las discográficas o las productoras de cine no tienen incentivos, no van a invertir y finaliza con la idea que la creatividad, así como los recursos naturales, también pueden ser devastados. (CARBAJAL, 2005)

El 30 de septiembre de 2014, la justicia norteamericana falló contra un servicio de música en streaming. Se trató del sitio Grooveshark, que fue encontrado como responsable de subir a Internet 5977 canciones protegidas con copyright de manera ilegal, ya que no contaban con licencias de emisión. La decisión fue adoptada por el juez de Nueva York, Thomas Griesa. De esta manera, los fundadores del portal, Samuel Tarantino y Joshua Greenberg, tuvieron que enfrentar los cargos presentados por nueve compañías en una causa originada en 2011. Griesa instó a las partes involucradas a llegar a un acuerdo en 21 días para evitar nuevas infracciones.

La justicia consideró como evidencia irrefutable de infracción un correo electrónico interno, que fuera difundido por Greenberg, para que los empleados de la firma subieran música en formato MP3, con el objeto de que el sitio ganara en popularidad. La extensa librería de Grooveshark está formada actualmente por 20 millones de canciones, pero cuenta con un problema; sólo tiene acuerdos de emisión con pequeñas discográficas y no con los grandes sellos, quienes acabaron llevando a Grooveshark ante los tribunales.

Además, la sentencia del juez americano también apunúa a que desde la empresa y sus fundadores destruyeron pruebas sobre los archivos que subieron a la plataforma. De parte de Grooveshark han señalado su disconformidad con el veredicto judicial y han indicado que barajarán las acciones a tomar a partir de ahora, sin descartar la posibilidad de presentar un recurso de apelación (KARP, 2014).

En base al proyecto conocido como Google Books, consistente en digitalizar libros, crear una base de datos de ellos, y exhibir pasajes cortos sin el permiso de los titulares de los derechos de autor sobre los mismos, el Tribunal de Distrito de Nueva York, US District Court - Southern District of New York, en el caso "The Authors Guild, Inc., and Betty Miles, Joseph Goulden and Jim Bouton", en el año 2013, decidió que, con base en los beneficios que para el público en general derivan de este proyecto, no afectaba negativamente a los derechos de los titulares. La actividad de Google era lícita y podía ser considerada como un supuesto de fair use. Aunque se trata de una decisión recaída en primera instancia que se ha anunciado que será objeto de recurso, y que va referida únicamente a la protección de los derechos reconocidos en la legislación estadounidense, consideramos que es una novedad que merece también una especial atención.

No podemos dejar de mencionar el renombrado caso contra el sitio de descargas Megaupload fundado, en 2005, por Kim Schmitz (apodado Kim "Dotcom") con sede en Hong Kong. En enero de 2012, las autoridades de Estados Unidos acusaron al mencionado sitio web de violación de derecho de propiedad, asociación ilícita y lavado de dinero. Según la demanda presentada ante la corte federal del Distrito Este de Virginia, Megaupload

causó más de 500 millones de dólares de pérdidas a la industria del cine y de la música y obtuvo con ello unos beneficios de 175 millones de dólares. En ese momento, fue cerrado por orden del Buró Federal de Investigaciones estadounidense (FBI, por sus siglas en inglés) y fueron arrestadas siete personas en los Estados Unidos y cuatro de sus directivos en Nueva Zelanda, entre ellos Kim Schmitz, además de allanar su mansión a petición de las autoridades estadounidenses. Entre junio y octubre de 2012 surgieron cuestionamientos sobre el caso después que un tribunal fallara que el allanamiento de su casa fuera ilegal. Sin embargo, el fallo judicial fue posteriormente revocado. El miércoles 23 de diciembre 2015 el juez neozelandés, Nevin Dawson, decidió que los cuatro acusados podían ser extraditados a Estados Unidos, en consecuencia, se enfrentarán a sentencias de hasta 20 años.

En cuanto a la Unión Europea, constituye relevancia la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-435/12, ACI Adam BV, del 10 de abril de 2014, que diferencia cuando el acceso al contenido descargado tiene lugar a través de Internet por medios lícitos de cuando el archivo hubiera sido introducido en la Red ilícitamente por un tercero, determinando, esta última hipótesis, que las ulteriores descargas por los usuarios no puedan ser consideradas copias privadas. Otro caso ilustrativo consiste en que el establecimiento de enlaces entre páginas de Internet constituye un fenómeno esencial en el funcionamiento de la Red, por lo que desde hace años se encuentra ya ampliamente aceptado que es una práctica que en las situaciones típicas no requiere el previo consentimiento del titular de la página web en la que se encuentra la información destinataria del enlace. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia en su sentencia del 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12, concluyó la licitud de los enlaces sobre la presentación en una página de Internet de links sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet.

Sin embargo, en noviembre de 2014, la Audiencia de Castellón ratificó la condena de 18 meses de cárcel al administrador de una web que contaba con enlaces a contenidos con propiedad intelectual por considerarlo un delito. Así, el fallo condenó al administrador de www.bajatetodo.com y sus webs asociadas a penas de prisión, a una multa de 20 meses con una cuota diaria de 12 euros y a pagar unos 29.000 euros a Promomusicae (Promotores de música de España), la SGAE y Adese (la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento). El acusado reconoció ser el administrador de www.bajatetodo.com y sus asociadas, que contenían 'links' con acceso directo a contenidos tutelados por la Ley de Propiedad Intelectual. Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea consideró sin sustento la argumentación que el demandado no puso a disposición de los usuarios obras protegidas. Al parecer, con esta práctica, obtuvo beneficios económicos de 21.000 euros por la cesión de cuentas y publicidad. El principal argumento que recogió la sentencia se basó en que, si bien inicialmente la tendencia mayoritaria sostenía la falta de responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, en la actualidad, cobran mayor peso jurídico las resoluciones que

consideran que se comete el delito contra la propiedad intelectual en los casos de páginas web con enlaces P2P en las que el titular de la web entra en el sitio de intercambio de archivos, extrae del mismo un enlace a un archivo y lo incorpora como elemento de descarga directa en su propia web. El fallo destacó, además, que el usuario accede directamente a los contenidos a través de esa página, que incluso facilita el acceso mediante la indexación y ordenación sistemática de los mismos, elaboración de carátulas y sinopsis de los productos. Por todo ello, la Audiencia dictaminó que el caso no se trató únicamente de un sistema de enlaces P2P, sino que la actividad de este tipo de páginas había ido más allá de la intermediación referida en el art 13.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) y excedió de la mera facilitación de enlaces que justificaba la exclusión de responsabilidad.

ARGENTINA

En Argentina, en la resolución adoptada por la Sala I de la Cámara del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa seguida contra Miguel Ángel Medina, se revocó el procesamiento dictado en primera instancia y se dispuso que el imputado, dueño de un Cyber, no cometió ningún delito al ofrecer, entre sus servicios, las computadoras para “bajar” música y programas de Internet. Según el voto del Dr. Gustavo A. Bruzzone, quien sostuvo que:

“... tales extremos permiten otorgar credibilidad a la versión que al respecto ha brindado el encausado, en cuanto a que serían simples compilados de música para uso personal (ver fs. 258/259 vta.). Es así que, tratándose en principio de copias que no estaban destinadas al comercio, entiendo que la conducta en cuestión no resulta típica de ninguno de los supuestos previstos por la ley 11.723, porque socializar temas musicales en la red no constituye un ilícito penal”. (BRUZZONE, 2006)

Las discográficas, representadas por la Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas, APDIF, presentaron la apelación contra dicho fallo y el 11 de mayo de 2007, la Cámara Nacional de Casación Penal, haciendo lugar al recurso, impugnó la resolución liberatoria porque, en sus fundamentos, la Cámara consideró que no resultaba posible, por el momento, descartar que el imputado había facilitado con ánimo de lucro el soporte informático necesario para descargar y grabar obras musicales, conducta que encuadraba en el artículo 72 inc b) de la Ley 11.723

Por su parte, la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala II en autos “A.A.D.I – C.A.P.I.F Asoc. Civ. Recaudadora c. Casal Walter A. y otro” el 26 de marzo de 1998 consideró como protegida la obra multimedia y creaciones audiovisuales actuales tales como los videoclips.

En el año 2008, la Cámara Argentina del Libro promovió querrela penal contra Horacio Potel, un docente de filosofía de la Universidad de Lanús, por sus sitios web Nietzsche en Castellano, Heidegger en Castellano y Derrida en Castellano. En ellos ponía al alcance del público, en forma gratuita y sin fines de lucro, una

completa relación de los textos, vida y obra de los tres filósofos, además de fotos, biografías, comentarios y enlaces. La Secretaría N° 129 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 37 de la Ciudad de Buenos Aires, tras una solicitud del Fiscal Dr. Mariano Solessio, resolvió sobreseer a Horacio Rubén Potel del delito previsto y reprimido en el artículo 72 inciso a, en función del artículo 71 de la ley 11723, con la expresa mención que la formación del presente en nada afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado. De la presentación del fiscal se desprenden algunos puntos muy importantes para la jurisprudencia local, entre ellos, el que, si bien el comportamiento desplegado podía subsumirse dentro de una figura penal – defraudación por reproducción de obras publicadas sin autorización de su autor o derechohabientes – la misma, a su entender, no había ocasionado un real agravio al bien jurídico protegido por la norma y agregó que entiende que la insignificante afectación que podría resultar al patrimonio del titular de la obra no habilitaba al severo reproche de esta justicia represiva.

Un caso ampliamente difundido en los medios de comunicación y que, si bien no tuvo por objeto la denuncia de descargas ilegales, tiene relación con el tema por la responsabilidad adjudicada a los proveedores de Internet y por la orden de bloquear el acceso a sitios web por alojar contenidos violatorios de la correspondencia privada. En los autos denominado “N.N. s/ revelación de secretos políticos y militares”, el juez Sergio Torres, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12, el 4/8/2011, decretó preventivamente el bloqueo, por parte de los proveedores locales de servicios de Internet, en el acceso a los sitios web leakymails.com y leakymails.blogspot.com. porque en esas páginas web se publicaron y difundieron correos electrónicos pertenecientes a funcionarios del gobierno nacional, tanto de casillas privadas como oficiales, entre otras personas. En la resolución, el magistrado señaló que el hecho denunciado encuadraba en los supuestos de la violación de secretos, la publicación de correspondencia no destinada a la publicidad, y la revelación de secretos políticos y militares y que se encontraban en juego derechos constitucionales tales como el de la intimidad, el de la inviolabilidad de las comunicaciones epistolares (art. 18 y 19 de la Constitución Nacional), junto con numerosos derechos reconocidos por pactos internacionales suscriptos por nuestro país que gozan de jerarquía constitucional. Como el sitio leakymails.com fue registrado en el extranjero -aparentemente en Suiza- y se encontraría alojado también en el exterior -primeramente, en Australia y a la fecha de la sentencia en Estados Unidos-, el juez consideró como medida más eficaz disponer que los proveedores locales de servicios de Internet bloquearan el acceso a los sitios web arriba mencionados. Dicha diligencia debería ser canalizada a través de la Comisión Nacional de Comunicaciones, quien tuvo a su cargo la comunicación de lo resuelto a cada una de las empresas prestadoras de los servicios de Internet que operaban el país.

La productora Pampa Films había denunciado al sitio de Internet YouTube por la publicación del film “Un cuento chino”, protagonizado por Ricardo Darín, por una supuesta violación a los derechos de propiedad intelectual. La acusación regía para los administradores del portal, los responsables de Google y los usuarios que

publicaron el video. Sin embargo, la Sala V de la Cámara del Crimen desestimó la existencia de un delito penal y dejó abierta la posibilidad de iniciar acciones por daños y perjuicios sobre obras con derecho de autor, aunque descartó la sanción. Entre los fundamentos, los camaristas sostuvieron que la característica esencial residía en que los contenidos que se subían a YouTube no eran conocidos anticipadamente por los que administraban el sitio y, que su responsabilidad recién se haría presente, posteriormente, cuando el que invocaba el carácter de titular de un derecho lo ponía efectivamente en conocimiento y justamente el portal retiró la película cuando fue advertido.

Otro caso resonante lo constituyó la causa contra el portal de películas y series Cuevana que se caracterizó, en principio, por el dictado de una medida cautelar que ordenaba el bloqueo de algunas de las páginas disponibles en el sitio web. En sintonía con la declaración de los Relatores de Libertad de Expresión, la solicitud de una cautelar que bloqueara el acceso al sitio fue denegada, en el 2013, por la Sala II de la Cámara Federal porteña, quien confirmó el rechazo a una medida cautelar promovida por la cadena televisiva HBO Ole Partners, donde se solicitaba el bloqueo del acceso al sitio web Cuevana por considerarlo excesivamente amplio y desproporcionado. En el incidente “Escobar, Tomás s. Incidente de Medida Cautelar” HBO Ole Partners solicitó el bloqueo total del sitio Cuevana porque en él se encontraba alojada la serie “Epitafios” de su propiedad. Entre los argumentos de la Cámara, al confirmar la sentencia de Primera Instancia, podemos mencionar que los derechos patrimoniales son menos valiosos que los personalísimos, textualmente dice

... Debe contemplarse que los derechos que invoca la peticionaria no son personalísimos, tampoco tratan de preservar la revelación de algo inédito sino son patrimoniales. Y si bien estos últimos también merecen una tutela judicial precautoria cuando se los afecta, el juicio de valor que debe hacerse no es el mismo habida cuenta de la naturaleza de esos derechos y de la diferente entidad que tiene el daño en cada caso ... Ese derecho (el derecho intelectual de HBO), sin embargo, no resulta intangible y no implica que su protección deba garantizarse en términos absolutos. Así, el resguardo del derecho fundamental de propiedad del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales. Por ende, corresponde garantizar un justo equilibrio entre la protección de su derecho y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por tales medidas (DE ZAVALÍA, 2013)

Además, los camaristas resaltaron que Internet, como medio de comunicación, contaba con protección. En este sentido, la Cámara Penal citó pronunciamientos de distintas Cámaras Civiles:

Internet es el fenómeno más importante que se produjo en materia de comunicación desde el surgimiento y el desarrollo de la imprenta y sus particularidades son la libertad y la falta de regulación, frente a las cuales hay que analizar sin un criterio excesivamente restrictivo las situaciones puntuales y disvaliosas ... pero sin atentar contra la propia naturaleza de la red pues se podrían afectar derechos de terceros (R. 538623 “D.R. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/Art. 250 del Código Procesal – Incidente Civil). (DE ZAVALÍA, 2013)

Finalmente, el tribunal consideró excesivo el bloqueo de un sitio web en su totalidad para evitar el acceso a un programa. Además, que en la causa principal todavía no había imputados y la instrucción recién estaba tratando de dilucidar si los presuntos responsables de Cuevana subían el contenido al sitio o simplemente

indexaban el contenido subido por terceros ya que las responsabilidades de Tomás Escobar y los otros implicados serían distintas en uno u otro caso.

El sitio web Taringa.com ha sido demandado por violación a los derechos de autor en innumerables causas. Hacia 2009, la Cámara Argentina del Libro, las editoriales Astrea, La Ley, Rubinzal y Asociados, Ediciones de la Flor SRL-propietaria de los derechos de autor de la obra de Rodolfo Walsh-, Ediciones La Rocca SRL, Editorial Universidad SRL y Gradi SA promovieron una denuncia contra Taringa y otros sitios por la supuesta descarga ilegal de 29 obras jurídicas y 12 libros de computación, en infracción a la Ley 11.723.

A su vez, la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, el 7/10/2011, en los autos caratulados "Nakayama, Alberto s/ procesamiento" confirmó el procesamiento de los responsables del sitio de Internet Taringa!, en tres causas: Causa N°42.318, Causa N° 42.319 y Causa N° 42.300, en donde se investigaron la reproducción de libros sin autorización de sus autores. Los imputados eran los propietarios de la empresa que contrataba el servicio de hosting del portal y ofrecía a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no se encontraba autorizado para publicar por parte del autor, garantizando, con ello, la reproducción ilícita del material que se publicaba.

Según el Tribunal, los acusados permitían que se publicaran obras que eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares y si bien ello ocurría mediante la remisión a otro espacio de Internet, fuera de nuestro país (rapidshare.com, mediafire.com, 4shared.com) eso no era posible si no se hacía a través de Taringa. La Cámara agregó que la imputación no sólo se construyó a partir de un tipo omisivo, sino también sobre una acción comisiva, consistente en facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras sin las respectivas autorizaciones de sus autores. En consecuencia, el Tribunal ordenó el embargo de los bienes de los acusados por el monto de \$ 130.000 pesos- en la Causa N°42.318-, \$2000.000 pesos - en la Causa N°42.319- y \$ 100.000 pesos- en la Causa N°42.300-respectivamente.

Sin embargo, en noviembre del 2013, tres de los principales querellantes, Edgardo Donna-quien inició la demanda en 2009-, Mosset Iturraspe y Ferrer abandonaron la demanda ya que llegaron a un acuerdo extrajudicial. A pesar de ello, el juicio continúa su curso en manos de los demás.

En este orden de ideas, la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas, la Warner Music Argentina S.A., EMI Odeon S.A.I.C., Universal Music Argentina S.A., Epsa Music S.A., Leader Music S.A., la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música y Sony Music Entertainment Argentina S.A., promovieron demanda ante el Juzgado Civil N° 64, a cargo del Dr. Polo Olivera, el 11/3/2014, en autos caratulados "Capif Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y otros c/ The Pirate Bay s/ Medidas Precautorias", Expte. N° 67921/2013 solicitando el dictado de una medida autosatisfactiva inaudita parte contra The Pirate Bay, a efectos que se disponga el bloqueo de acceso a la página de Internet de la demandada por parte

de los usuarios con dirección del IP argentina, ya que a través del referido sitio, se facilitaba el acceso en forma ilegal e ilegítima a descargas no autorizadas de contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, posibilitando a los usuarios del sistema compartirlos y descargarlos desde cualquier lugar del mundo. Los actores destacaron que la demandada carecía de autorización para realizar actos de disposición y explotación de los contenidos garantizados por el art. 17 de la Constitución Nacional y art. 2° de la ley 11.723, como asimismo, los acuerdos internacionales establecidos en el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), sobre interpretaciones, ejecuciones y fonogramas. Afirmaron que la demandada era uno de los principales sitios preferidos por los usuarios argentinos para la descarga de contenidos a través de redes P2P, peer to peer o punto a punto.

En la demanda sostuvieron que The Pirate Bay era un facilitador de la violación de los derechos de propiedad intelectual de autores y compositores, intérpretes y productores de fonograma, poniendo a disposición de los usuarios la catalogación de los contenidos disponibles y los enlaces y elementos necesarios para que los usuarios pudieran descargar los contenidos. Destacaron que la demandada no alojaba, sino que clasificaba y facilitaba para el acceso a millones de personas en todo el mundo. A tales efectos, indicaron que la presente medida autosatisfactiva tuvo por finalidad que se ordenara a los proveedores del servicio de Internet que operaban en el país, el bloqueo al acceso al sitio de Internet The Pirate Bay a efectos de impedir que los usuarios que intentaran conectarse desde Argentina pudieran hacerlo. Los bloqueos que los actores requirieron consistieron en el bloqueo del IP y bloqueo de DNS, medidas viables y técnicamente posibles, sin costo para los prestadores de servicio de Internet, que tenía como propósito impedir el acceso al sitio para la descarga de archivos. Asimismo, enumeraron a los prestadores de Internet que deberían implementar estas medidas de bloqueo: Telefónica de Argentina S.A. (Speedy), Telefónica Móviles de Argentina SA (Movistar), Cablevisión SA (Fibertel), Primera Red Interactiva de Medios Argentinos (Prima) SA (Prima), Telecentro SA (Telecentro), NSS SA (Iplan), Telecom Argentina SA (Arnet), Telecom Personal SA (Personal), CPS Comunicaciones SA (Metrotel), Sion SA (Sion), Sinectis SA (Sion), Amx Argentina SA (Claro) y poner en conocimiento, asimismo, a la Comisión Nacional de Comunicaciones del bloqueo al acceso al sitio de Internet The Pirate Bay actualmente accesible a través del URL thepiratebay.sx, sus dominios y sub dominios y cualquier dirección de IP o URL que tuviera por finalidad permitir o facilitar el acceso al sitio The Pirate Bay a todos los usuarios localizados en la República Argentina

Además, afirmaron que el 25 % de los contenidos disponibles en el sitio de la demandada se correspondía a música, de la cual al menos el 75 % se hallaba comercialmente disponible para ser adquirida por el público en medios masivos, no obstante lo cual, la página indicada tuvo en octubre de 2010, 42.000.000 millones de visitantes provenientes de todo el mundo. En relación a lo expuesto anteriormente, alegaron que la demandada pudo haber generado ingresos por publicidad en la suma de U\$S 20.528.308 dólares y U\$S 36.685.570 dólares

anuales ya que su negocio giraba en torno a la venta y comercialización de espacios de publicidad, enriqueciéndose ilegalmente a costa de los derechos intelectuales de terceros, entre los que se encontraban los demandantes.

En primer lugar, el juez Polo Olivera analizó la procedencia de las denominadas medidas autosatisfactivas, afirmando que constituían una respuesta doctrinaria y jurisprudencial a ciertas situaciones merecedoras de tutela jurisdiccional urgente, que no tenían regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico pero que, no obstante, habían sido asimiladas a ellas como un tipo de medida cautelar genérica. La doctrina, continuó el juez, sostenía que ellas debían proceder respecto de determinados derechos que el ordenamiento privilegiaba y, haciendo un relevamiento de casos en los que se hizo lugar a medidas autosatisfactivas o cautelares autónomas, se había detectado que en ellos se trató de preservar algunos derechos fundamentales que se encontraban afectados, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad y salubridad, intereses públicos o a la propiedad. El magistrado consideró, además que, si bien era innegable que bajo este joven instituto podían canalizarse pretensiones muy diversas, en ellas se reconocían caracteres comunes, a saber, que eran requerimientos urgentes, autónomos, de naturaleza contenciosa, sin trámite previo o con un trámite breve que podía disponer el Juez y que se agotaban con el despacho favorable e importaban una satisfacción definitiva a la pretensión deducida, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad, diferenciándose de las medidas cautelares en tanto estas últimas eran esencialmente instrumentales y accesorias de un proceso y se otorgaban para garantizar el cumplimiento de una sentencia futura. Su procedencia estaba condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: verificación de una situación de urgencia; fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible (cercana a la certeza) quedando la exigibilidad de contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. En el caso en particular, el juez se centró en dos aspectos fundamentales: en la figura o identidad del demandado en su carácter de sujeto de derecho y si la medida propuesta resultaba tanto eficaz como eficiente, es decir, aun siendo efectivo el bloqueo de la página web para preservar los derechos intelectuales invocados, no resultaba excesiva afectando otros innecesariamente vinculados a esa plataforma informática.

Las directrices, en forma general, que guiaron a la sentencia se pueden resumir en que tal medida autosatisfactiva era un proceso en sí mismo con una decisión que no abastecía o anticipaba una decisión jurisdiccional ulterior, sino que se concretaba en ésta, pudiendo ser revisada en un proceso de conocimiento posterior más amplio incoado por el accionado, o mediante la interposición del recurso de apelación. Tampoco el juez desconoció en la especie, que la identidad puntual del accionado no había sido precisada en autos, sino que se conocía el portal web o página web que explotaba para el desarrollo de la actividad severamente cuestionada: The Pirate Bay. Concluyó que la identificación debería ser efectuada posteriormente, al momento en que se

materializara la bilateralidad del contradictorio y no había impedimentos sino, contrariamente, razones impostergables para actuar ahora y aquí, y no después o nunca debido a las consecuencias irreparables que se producirían por la inacción.

Ahora bien, con respecto al fondo de la controversia, en la sentencia se tuvo en cuenta dos dictámenes técnicos coincidentes, agregados por los actores: uno de David Price presentado ante la Suprema Corte de Inglaterra y Gales a pedido de British Phonographic Industry, que dispuso el bloqueo del sitio The Pirate Bay, y otro producido por el ingeniero Hugo Pérez Santángelo. Ambos profesionales invocaron abundantes antecedentes profesionales en la materia informática y de Internet.

Los dictámenes de los peritos explicaron determinados aspectos tecnológicos presentes en este caso, necesarios para comprender los fundamentos de la presentación por parte de los demandantes. En síntesis, el magistrado afirmó, basado en los dictámenes de los peritos, que el protocolo IP era una manera estandarizada de direccionamiento cuya función principal consistía en asegurar que cada dispositivo conectado a una red o a Internet pudiera ser identificado con una única dirección dentro de todo Internet, llamada dirección IP. Cada una es única a través de toda la red de redes y existe un organismo internacional dedicado a gestionar, en regiones por continentes, las diferentes direcciones IP para que éstas no se repitan. La dirección IP registrada no puede ser luego cambiada. Los ISP son los proveedores de servicio de Internet, como Speedy, Fibertel y Flash, Arnet, Telecentro, que no sólo mantienen un registro de actividades de sus usuarios, sino también poseen la capacidad técnica de realizar operaciones de bloqueo de acceso sobre el tráfico que atraviesa sus redes, basados en sus términos y condiciones de servicio y en la necesidad de mantener balanceado el tráfico de sus clientes hacia los mayoristas y concentradores. Por su parte, el sistema DNS o Sistema de Nombres de Dominio, se utiliza para el acceso a los servicios dentro de Internet. Los nombres de dominio, también, son únicos en Internet, por lo cual existen organismos que tienen por objeto asignar y registrarlos. Con respecto a la controversia, en el sistema Peer to Peer o P2P, son los clientes, es decir los computadores de cada usuario, los que interactúan entre sí; y aunque se requiere de algún componente centralizado, éste cumple simplemente la función de poner en contacto a los usuarios entre sí. Es decir que la información que este componente central provee a los usuarios es información necesaria para la coordinación de las descargas, pero no el contenido a ser descargado. En la sentencia, el juez detalló el procedimiento de descarga del programa y cómo se compartían los archivos de manera tal que los usuarios descargaban e instalaban en su computadora un programa o aplicación P2P, por ejemplo “uTorrent”-software gratuito muy fácil de descargar e instalar-. Una vez instalada la aplicación, cada vez que la computadora se conectaba a Internet, se volvía parte automáticamente de la red global P2P, generalmente sin intervención del usuario, ya que el ingreso a la red P2P era anónimo y no requiere de ningún tipo de identificación o autenticación. En el caso que el usuario deseara descargar algún contenido, debía realizar una búsqueda en la red P2P. En ese

momento era donde tomaba protagonismo la página web cuestionada ya que The Pirate Bay no sólo ofrecía música, también películas, juegos y software. Justamente su popularidad se debía a la gran cantidad de contenido catalogado en forma simple y amigable de índice. Cada vez que un usuario P2P descargaba un contenido, el mismo era automáticamente ofrecido en la red, independientemente de si el usuario estaba o no utilizando la aplicación BitTorrent. Por esta razón, el mismo contenido podía encontrarse en muchos computadores simultáneamente multiplicando la disponibilidad del mismo. Dado que una obra musical, por lo general, se almacenaba en archivos de gran tamaño, el sistema BitTorrent particionaba los mismos en pequeños fragmentos (en inglés chunks) en paquetes, como un rompecabezas, los cuales eran distribuidos entre los usuarios y cada uno ensamblado por la aplicación BitTorrent en el archivo que estaba siendo descargado. En consecuencia, el archivo completo no se descargaba como tal sino como una secuencia desordenada de chunks que eran recibidas por la aplicación y que ésta ordenaba hasta que el archivo quedaba reconstruido en su totalidad. Cada integrante de la red P2P actuaba a la vez como cliente y como servidor proveyendo y recibiendo estos chunks.

Este modo de transferencia de archivos en pequeñas piezas impedía que una descarga pudiera ser identificada, ya que el archivo a descargar era particionado en muchos chunks y éstos a su vez, repartidos entre muchas computadoras. La finalidad del sitio era fundamentalmente la de mantener un índice de contenido mayoritariamente protegido por derechos de autor, proveer la información necesaria para que esas aplicaciones pudieran conectarse entre sí y crear una red descentralizada de intercambio de archivos, la cual, en virtud de sus características técnicas, escapaba a todo control.

En rigor de verdad, en una red P2P, quienes infringen los derechos intelectuales son los usuarios, sin embargo, el magistrado advirtió que The Pirate Bay ofrecía el ámbito, suministraba herramientas y los incentivos para que tales múltiples y complejas infracciones se llevaran a cabo por miles o millones de usuarios, como un nodo necesario para ese tráfico de archivos digitales en violación del derecho de autor. Era la denominada conducta de “facilitador” de medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras y se remitían al caso del sitio Taringa -comentado anteriormente. No fue un dato menor el monto de las ganancias obtenidas por tal conducta ilícita y, en este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía dicho que quien obtenía una ganancia o utilidad debía afrontar asimismo los costos derivados de ella. En este caso, The Pirate Bay, obtuvo abundantes ingresos publicitarios prescindiendo de afrontar los costos, lo que importaba cancelar los derechos autorales o intermediar eficazmente en su percepción por parte de sus titulares. Por otro lado, su conducta o la dinámica de su plataforma digital, representaba un abuso del derecho repudiable.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el juez, resolvió que la medida autosatisfactiva solicitada se encontraba debidamente acreditada, tanto en su urgencia como en la fuerte probabilidad de certeza del derecho

que se había invocado.

En otro orden de ideas, menciona las recomendaciones de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, la Constitución Nacional y tratados internacionales con rango constitucional- que protegen la libertad de expresión- y la Ley 26.032 que establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Sin embargo, el magistrado no dudó en que esa medida peticionada no colisionaba con tales preceptos ya que el sistema P2P se trataba de un tráfico desordenado de fragmentos o chunks diseminados entre los usuarios para la descarga de archivos, en su gran mayoría, protegidos por derechos de autor. En cambio, en Internet se comunicaba, se difundían ideas, se brindaban e intercambiaban información mediante diarios, revistas, blogs, comentarios de foros, etc. A esa publicación era a la cual la norma le había reconocido la misma protección que a la prensa escrita, expresamente afirma:

Reconocer la protección de la garantía de la libertad de expresión al encumbrar al rango de información al régimen de intercambio de bytes del P2P, con su tráfico de chunks y metadatos entre usuarios y asistencia del tracker para la violación de derechos de autor, es denigrar uno de los más grandes logros del hombre libre enaltecido en condición de ciudadano desde el año 1789. (ARGENTINA. JUZGADO CIVIL 64, 2013)

Por lo anteriormente expuesto, el juez ordenó a los proveedores de Internet listados en la demanda a que en el plazo de cinco días dispusieran de los medios necesarios para bloquear el acceso de usuarios desde la República Argentina respecto de las direcciones IP que operaba el sitio The Pirate Bay; bloquear todos los DNS adoptados por The Pirate Bay conocidos cuya identificación estaría, en su caso, a cargo del perito designado de oficio y poner en conocimiento a los/las titulares de la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación y a la Comisión Nacional de Comunicaciones, a efectos que, por intermedio de su colaboración, instrumentaran la comunicación de la medida a cada uno de esos operadores ISP del país. Finalmente notificar a los/las titulares de The Pirate Bay de esta acción y de la decisión, con copia y en su caso, mediante exhorto diplomático, en un plazo no mayor de tres meses.

Vale la pena mencionar que el Juez rechazó dos medidas pedidas. La primera recomendada o propuesta por el perito que consistía en ordenar a los buscadores que bloqueen, de sus resultados, cualquier término de búsqueda relacionado con The Pirate Bay, es decir, para que no apareciera, por ejemplo, en sitios como Google, ya que el juez Polo Olivera consideró que de esta manera se la censuraba, se la “invisibilizaba” y se tornaba excesivo e inconducente porque ya se le informaba a cada usuario, cuando solicitaba una dirección IP y/o URL bloqueada, por medio de redireccionamiento de sitios, que el acceso a dicha dirección había sido bloqueado por orden judicial. Y la segunda rechazada, proponía que fueran las mismas entidades las que, de tanto en tanto, actualizaran el listado de sitios para bloquear: el juez concluyó que eso lo debía determinar la justicia y no una entidad privada.

Esta sentencia impactó fuertemente en los ámbitos informáticos y las redes sociales se hicieron eco de múltiples mecanismos para “saltar” esta restricción. Entre esos mecanismos podemos mencionar la existencia de una lista enorme de servidores de proxy que permiten acceder a The Pirate Bay desde una ubicación geográfica bloqueada, a través de dominios alternativos. O también un servicio VPN¹⁹ (siglas del inglés Virtual Private Network) o de red privada virtual que permite “ocultar” la identidad y navegar por Internet a través de servidores remotos, distribuidos por todo el mundo. No se necesita ser un experto, son muy fáciles de configurar y, en muchos casos, gratuitos.

Por último, nuevamente los titulares del sitio web Taringa fueron llevados a los estrados judiciales, pero con un resultado diferente. En este caso fueron sobreseídos en 1° Instancia, pronunciamiento que fue confirmado el 5/5/2015 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en autos “Botbol, Hernán y otros”. A continuación, relataremos brevemente los hechos.

El 15 de octubre de 2013 la Sra. María Kodama, en su carácter de única y universal heredera de los derechos de propiedad intelectual del autor argentino Jorge Luis Borges, presentó denuncia contra Alberto Nakayama, Matías Botbol, Hernán Botbol, Agustina Marquiegui Mc Loughlin y Claudio Arnaldo Pellini por ser titulares de sitios web “www.taringa.net” y www.portalplanetasedna.com.ar, desde donde se reproducía o se facilitaba la reproducción de textos íntegros de obras de Jorge Luis Borges. En dichos sitios existía una vinculación hacia los sitios “www.4shared.com” y “www.megaupload.com”, desde donde podía descargarse diversos textos de Borges, - aclarándose que esos sitios ya habían sido dados de baja en Estados Unidos luego de la investigación en el conocido caso judicial “Megaupload” iniciada por el FBI por los delitos de conspiración, violación a las leyes de propiedad intelectual y lavado de dinero por la comercialización.

El fiscal, Dr. Ricardo O. Sáenz, dispuso la apertura de la Investigación Preliminar correspondiente ya que consideró demostrado, con el grado de convicción suficiente, que los sitios referidos efectuaron o facilitaron la reproducción de obras de Jorge Luis Borges sin ninguna autorización de la titular de los derechos de propiedad intelectual en violación a las normas de propiedad intelectual previstas en la ley 11.723. Además, el Dr. Sáenz señaló que la reproducción de la obra de Jorge Luis Borges en el sitio web Taringa era parte de un emprendimiento comercial de gran envergadura, que conformaba un negocio donde la reproducción ilegal de la obra intelectual ajena era uno de los medios para lograrlo. El inmenso volumen de tráfico web generado por los ‘post’ o aportes de usuarios, generaba en Taringa una importante comercialización de publicidad con enormes ganancias, ya que cuantas más visitas tenía un sitio, más cara era la publicidad del mismo. A igual conclusión arribó respecto de Portal Planeta Sedna, ya que contenía un sistema de “Descarga Premium” de libros de Borges donde

¹⁹ VPN es una tecnología de red que permite una extensión segura de la red local (LAN) sobre una red pública o no controlada como Internet. Permite que la computadora en la red envíe y reciba datos sobre redes compartidas o públicas como si fuera una red

existía un recuadro para escribir un número de teléfono celular para recibir un código de descarga. El usuario de ese sistema de 'Descarga Premium' abonaba una suma mensual que el sitio cobraba por brindar ese servicio.

En virtud de todo ello, el Sr. Fiscal General promovió la acción penal contra los responsables de las páginas www.taringa.net y <http://www.portalplanetasedna.com.ar>.

En su defensa, los demandados hicieron hincapié en dos cuestiones, la primera, que la propia plataforma de Taringa tenía un canal de denuncia a través del cual quien considerara que se la estaba utilizando de manera irregular podía denunciarlo, y constatados los extremos se procedía a dar de baja al contenido denunciado; la restante, relativa a la inexistencia de una obligación de control ex ante de lo que el usuario intentara subir a la página web. Además, en su contestación recalcaron que dicha página web no tenía publicidad, no había beneficio económico alguno y que, eventualmente, sería en los links que allí se direccionaban y no en la página donde ésta aparecía, y cualquier buscador de Internet podría ser acusado de este delito y, sin embargo, ello no sucedía. El Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 48 decretó el sobreseimiento por "falta de elementos" por lo cual, la actora interpuso recurso de apelación ante la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el que fue resuelto el 5/5/2015, confirmando dicho pronunciamiento. Entre sus considerandos, la Cámara de Apelaciones, consideró a Taringa como una intermediaria en Internet y, por lo tanto, no se la podía imputar como responsable por el contenido que los usuarios de su plataforma compartían allí. De acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Rodríguez, Belén" del 28 de octubre de 2014, la Cámara sostuvo que no correspondía aplicar reglas diversas al "buscador de imágenes" y al de "textos" porque ambos enlazaban a contenidos que no habían creado.

Y, en cuanto a su funcionamiento, los camaristas afirmaron que los "buscadores" no tenían una obligación general de vigilar o monitorear los contenidos que se subían a la red, por lo que, en principio, eran irresponsables por esos contenidos que no habían creado. La única obligación que sí se identificaba en cabeza de éstos aparecía cuando habían tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de un contenido que le era ajeno y no adoptaban una actitud diligente al respecto, esto es, bloquear los contenidos cuestionados por la querrela. En virtud que los contenidos ilegales se ubicaban a través de links direccionados por las páginas denunciadas, es decir, que no eran parte del contenido de éstas, sino material ajeno, no se verificó una conducta positiva de reproducción ilegítima de obra ajena, ni una violación al deber objetivo de cuidado, en tanto, como se adelantó, no existía una obligación de verificar ex ante el material de intercambio, sino posteriormente cuanto éste resultara denunciado. Finalmente, también, se homologó la desvinculación propiciada por el juez de grado, en el caso particular de la imputada Agustina Marquiegui Mc Loughlin, no fue controvertido el hecho de que resultaba abogada de Taringa y no su propietaria.

Recientemente, el 1° de marzo de 2016, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, en autos “F M, S M c. Google INC. Yahoo de Argentina SRL s. medidas precautorias” resolvió que no podía imponerse a los buscadores de Internet demandados la responsabilidad de eliminar en forma definitiva los sitios que vinculen a la actora con contenidos no deseados por ella, sino que debe ser ésta quien señale el sitio o página y pida su bloqueo o eliminación. La Sala entendió que

no puede imponerse a la demandada la responsabilidad de eliminar en forma definitiva los sitios que vinculen a la actora con contenidos no deseados por ella, sino que debe ser ésta quien señale el sitio o página y pida su bloqueo o eliminación. (ARGENTINA. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, 2016)

En este contexto, la Cámara consideró que la demandada era quien se encontraba en mejores condiciones de establecer cuáles menciones o sitios ha autorizado. En consecuencia, el tribunal, modificando la resolución recurrida, resolvió que

una adecuada ponderación de los derechos constitucionales en tensión conduce a limitar el alcance de la medida dispuesta en la instancia de grado, admitiéndola, pero sólo respecto de los sitios o enlaces de contenido pornográfico que hayan sido expresamente denunciados por la demandante. (ARGENTINA. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, 2016)

El Sistema del Agente Provocador

La supuesta metodología de detección utilizada por la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas, CAPIF, para localizar a los usuarios de sistemas de intercambio de archivos denominado “P2P”, peer-to-peer file sharing, encuadraría en lo que en la doctrina penal se denomina Agente Provocador

POZZO (2006) describe dicho accionar consistente en utilizar “otro P2P” el cual, al solicitar la descarga de una obra musical obtenía, como un usuario más, la información sobre la identidad del proveedor de ese archivo, es decir otro usuario, certificando todo el procedimiento ante escribano público. En realidad, obtuvieron el IP, Internet Protocol, de los usuarios que CAPIF consideraba que obraban en violación de las leyes de Derecho de Autor. Posteriormente la actora solicitó una medida cautelar ante un juez, quien ordenó al Proveedor de Servicio de Internet, ISP, la identificación del usuario al que le pertenecía la dirección IP para presentar una demanda tendiente a lograr que cese en su accionar, más el reclamo por daños y perjuicios, previa mediación.

Esta operatoria de detección tuvo su origen en Estados Unidos, utilizado por la Recording Industry Association of America, RIAA, Asociación de Industria Discográfica de Estados Unidos, en numerosos casos y técnicamente, gravitó en la utilización de una PC con conexión a Internet para buscar los títulos pertenecientes a grupos y solistas de la compañía interesada a través de un programa llamado Bearshare 5, que es un software de intercambio de archivos P2P. Una vez ubicadas dichas canciones, el programa visualizó el IP del usuario, y luego

se utilizó otro programa como ser el CommView, que es un programa que monitorea la actividad de la Red, capaz de capturar y analizar paquetes de información en cualquier red y permite ver la lista de conexiones a la misma. Para dejar constancia de este proceso, se recurrió al programa Screen Movie Studio, que permite obtener un registro fílmico de los pasos que un usuario realiza en la pantalla de la PC. Con la obtención del número de IP, la RIAA solicitó a las empresas prestadoras del servicio de Internet que informen la identidad del usuario al cual pertenecía dicha IP, ya que cada empresa asigna un número de este tipo al usuario.

Conforme la doctrina penal sostenida por autores como Núñez & Carrara, entre otros, definen al “agente provocador” como

el que instiga a otro a cometer un delito, no porque él tenga interés en la consumación de ese delito o enemistad contra la víctima designada, sino por el contrario, porque tiene interés en que el delito se cometa o se tiene con el fin de que por él le suceda un mal al mismo instigado (NÚÑEZ, 1978, p. 299)

Por su parte, Creuss (1998) lo define como “quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea ‘descubierto’ en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad” (CREUSS, 1988, p. 349)

En consecuencia, podemos afirmar que el agente provocador es toda persona que, a través de su conducta, provoca las circunstancias de hecho necesarias para que alguien ejecute un delito, con el fin de comprobar dicha ilicitud para reprimirla. En base a la conducta efectuada por CAPIF podemos aseverar que se encuadra dentro de la noción penal de Agente Provocador. Por otra parte, existe una clara distinción entre la herramienta procesal del agente encubierto, que oculta su calidad de agente de las fuerzas de seguridad a los fines de investigar o prevenir un delito, y el agente provocador, que crea la voluntad o instiga a cometer el delito con el fin de someter a su autor a la justicia, siendo una figura de dudosa constitucionalidad y fundamentación como medio democrático.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en el año 1990, en la causa “Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771” expresó que la utilización excepcional de la herramienta del agente encubierto no es por sí sola inconstitucional, mas aclaró que el uso de la figura de un agente provocador es siempre extraña a nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro máximo tribunal agregó que el empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales. Seguidamente diferencia los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son “producto de la actividad creativa” de los oficiales que ejecutan la ley, es decir, producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones, citando los siguientes casos de la jurisprudencia norteamericana:

“Sorrels v. U.S.”, 287 US, “Sherman v. U.S.”, 356 US 369 y “Hampton v. U.S.”, 425, US 484 lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment.

Además, la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en la causa “Schroeder, Juan Jorge y otros s/ falsificación de doc.” del 10 de junio de 1999, ha dicho que el agente provocador era una herramienta preventiva dirigida a peligros futuros y no al esclarecimiento de hechos pretéritos. Previo a su intervención no existía el delito, con su conducta incidía e instigaba para lograr la creación de un delito. Por lo tanto, el agente provocador precisaba para su admisibilidad procesal, de un normativo específico, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal.

De esta forma, la jurisprudencia es pacífica en torno a que la utilización de un agente provocador es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, mientras que la herramienta del agente encubierto se encuentra limitada en sus posibilidades de implementación a ciertos delitos y bajo condiciones muy excepcionales.

Al aplicar estos principios a la actividad desplegada por las compañías discográficas, muchos doctrinarios afirman que ciertos usuarios de programas P2P realizan una actividad presuntamente ilícita, configurando así en apariencia, un delito por lo que resultan posteriormente sorprendidos, gracias a los datos personales que surgen de ese acto inducido. Además, como el agente provocador instigó la actuación dolosa del actor, faltaría la configuración de dos elementos: el objetivo, ya que el agente provocador realizó por su mano parte del tipo legal, teniendo un dominio casi absoluto del hecho, y el subjetivo ya que éste además provocó o determinó al sujeto activo a llevar a cabo la consumación del ilícito, que conforman el tipo penal que se atribuye a la conducta del imputado en el caso concreto.

En un Estado Constitucional de Derecho, con el pleno funcionamiento de sus instituciones, quienes se consideren vulnerados sus derechos pueden iniciar algún tipo de investigación tendiente a detectar a los presuntos infractores, pero ante la existencia de un posible delito la forma exigible de proceder consiste en efectuar la denuncia penal ante las autoridades, quienes decidirán las medidas necesarias. Los particulares no son los que deben realizar la investigación y recolectar las pruebas, resultando esto sumamente peligroso por la subjetividad que pueden poseer las mismas y por no respetar las garantías básicas de todo imputado, lo contrario configuraría un avasallamiento de los derechos y garantías individuales, afectando la dignidad humana, la intimidad de las personas y su derecho a defensa en juicio, conforme al artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Al respecto, afirma Zaffaroni, et al. (2002), que el caso del agente provocador presenta una incuestionable ausencia de culpabilidad por la inexistencia y, eventualmente, la inoponibilidad del esfuerzo que

puede suceder que la acción sea realmente típica y antijurídica, sea en grado de tentativa o consumada, en cuyo caso siempre el sujeto será inculpable por no haber mediado de su parte un espontáneo esfuerzo por la vulnerabilidad, toda vez que este habría sido condicionado

por la propia manifestación del poder punitivo del estado, lo que hace absolutamente insostenible que se pretenda ejercer ese poder sobre quien ese poder determinó. (ZAFFARONI, et al, 2002, p. 682)

Como consecuencia de tales afirmaciones, todo lo actuado o manifestado por el sujeto perseguido puede ser considerado violatorio del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, principio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, el artículo. 8 inciso 2 g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14 inciso 3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con el procedimiento utilizado para detectar a quienes comparten archivos musicales por Internet, se induce a error, simulando una situación que provoca una conducta autoincriminatoria, reduciendo la libertad en su conducta y produce que la misma sea involuntaria, ya que otro hubiese sido su obrar de haber conocido las verdaderas circunstancias fácticas. Así, si descargar archivos con copyright de Internet resulta una conducta ilícita, la obtención de las pruebas que incriminan a las personas investigadas basadas en un accionar provocado, se trata claramente de una violación de la garantía contra la auto incriminación. Otro freno de alcance constitucional con que se enfrentan quienes pretenden combatir la llamada “piratería musical” a través de estos mecanismos, es que los programas utilizados para obtener información del usuario no sólo otorgan los datos de la computadora que permite individualizar al propietario, sino que también rastrean toda la información personal que se encuentra en la PC. Ello resulta una clara violación del derecho a la intimidad, a los datos íntimos y personales vinculados a su propia persona, y la injerencia excepcional en la intimidad de las personas debe ser autorizada por un juez. La protección del derecho a la intimidad se encuentra consagrada en el artículo. 18 de la Constitución Nacional, en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otro problema jurídicamente difícil de resolver está dado porque en su gran mayoría los programas P2P no transmiten el archivo entero sino partes del mismo obtenido de varios usuarios, por lo cual no es posible determinar qué persona fue la que permitió la descarga de un tema musical en violación del derecho de autor ya que la descarga no es directa e individual.

CONCLUSIÓN

La denominada piratería ha llegado a convertirse en uno de los escenarios más importantes en los que se manifiesta esta transformación de la sociedad y de la economía. Una protección excesiva de las obras que circulan en la Red dificultaría o haría imposible el aprovechamiento creativo de las mismas, pero una protección muy débil o ineficiente desmotivaría la colocación en la Red de obras de autores o productores que desean protegerlas y explotarlas económicamente.

El producir información requiere, con frecuencia, de significativas inversiones, como en el caso de un nuevo programa de computación, una base de datos, obras multimedia, grabaciones musicales o cinematográficas. Paradójicamente, con las nuevas tecnologías, reproducir esa información resulta fácil y barato, como bien lo muestra la amplia reproducción ilegal de software, videos o libros. Si producir información es caro y difícil, mientras que copiarla es barato y fácil, ¿por qué entonces una empresa, por ejemplo, de programas de computación, va a realizar inversiones para producir nuevo software?

La controversia no termina, por el contrario, se agudiza, por un lado, las empresas culturales: editoriales, redes de televisión, sellos discográficos, productoras cinematográficas, se vienen reorganizando en grandes holdings transnacionales, las majors, mediante fusiones y adquisiciones. Ya no se conciben como simples productoras y distribuidoras sino como conglomerados globales de entretenimiento integrado, que incluyen la televisión, el cine, las cadenas de disquerías, las redes de conciertos, y más recientemente Internet, la cable difusión y la satélite difusión.

Por otro lado, un grupo de artistas están rebelándose ante este régimen, por ejemplo, el movimiento de teknobrega de Belém do Pará en Brasil, en vez de someterse a los contratos de las disqueras establecidas, decidieron grabar su disco por un bajo costo en un estudio y “cedieron” gratuitamente a la red informal su material para que lo difundiera a precios accesibles al público de la calle. Gracias a esta difusión debida al acceso barato al material se logra atraer al público a las presentaciones en vivo que, finalmente, son las que les proveen de las ganancias substanciales reduciendo notablemente a los intermediarios.

El lanzamiento del álbum de Paul McCartney, *Memory Almost Full*, en junio de 2007 en el sello Hear Music de la cadena de cafés Starbucks, fue acaso la innovación comercial más ingeniosa, pues logró un marketing gratuito al tocar el álbum a los 44 millones de clientes, que pudieron adquirirlo al comprar su café. McCartney dijo que no lo lanzó con su antiguo sello EMI, pues le pareció que las majors ya no entienden su mercado. Además de lanzar el CD físico con Starbucks, lo puso en venta en iTunes y su propio sitio web y puso el video de la pieza *Dance Tonight* en YouTube y en 10 días lo visitaron más de 640.000 personas y dejaron 2.830 comentarios. Pero la rebeldía más reconocida fue la de la banda Radiohead que ofreció su nuevo álbum *In Rainbows* gratuitamente en la web el 10 de octubre de 2007. (YÚDICE, 2007, p. 37,38)

(DIS) PROTECTION OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE. MAJOR ARGENTINE LEGISLATIVE, DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL TRENDS ON THE SO-CALLED “ONLINE PIRACY”

Abstract

The great technological advances of the last decades caused deep social changes and transformed the economy and culture forever, causing an economic and social system in which the generation, processing, and distribution of knowledge and information is the main source of productivity, power and prosperity. Currently the physical

character of the economy is reduced, dematerializing in a smart and hyperconnected world and all kinds of literary and artistic works are digitized and even personal experiences are exposed on the network. Digital technologies allow the transmission and use of all materials protected by copyright and related rights in interactive networks. The transmission of all kinds of cultural works over the Internet, the majority of the times free of charge and without taking into account its illegality, is becoming more common, as a daily practice, eliminating the barriers of space and time, providing a ubiquitous and asynchronous communication. The present work approaches the topic of the opposed interests of cultural companies and authors, on one hand and of the public consumer, for the other one, its basics, and argentine and foreigners jurisprudences cases relative to the topic

Keywords: Digital Age – Copyright – Hacking – Internet - Cultural Industries

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Mario. Tutela civil del derecho de autoría musical en Internet. **Doctrina Judicial**, 2006-3, p.83-92

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Las Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital**. Paraguay: Publicaciones OMPI/SGAE, 2005, 36 p.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. Tomo I. 2º Edición actualizada y ampliada Buenos Aires: La Ley, 2006, 1120 p.

BULLARD, Alfredo. Reivindicando a los Piratas. ¿Es La Propiedad Intelectual un Robo? **ALACDE Annual Papers Escholarship. University of California** 22/04/2005. Disponible en web: <<http://escholarship.org/uc/item/04c6n48k>> Acceso en: 02/09/2015.

CARBAJAL, Mariana. “Fallo de la Corte de E.E.U.U. contra la Copia de Música y Films. La tecnología con parche de pirata” Buenos Aires: **Página 12**, 2005. Disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53007-2005-06-28.html>> Acceso en: 07/03/2015

CASTELLS, Manuel. **La Galaxia Internet** Capítulo 3 E-Business y Nueva Economía. Barcelona: Areté, 2001, 317 p.

“Condenado el administrador de una página web de enlaces de contenidos protegidos”. **Delitos Informáticos** 1 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://www.delitosinformaticos.com/12/2014/propiedad-intelectual/condenan-una-pagina-con-enlaces-webs-piratas#>> Acceso en: 22/02/2016

“Confirman procesamiento de responsables del sitio de Internet Taringa”. **Centro de Información Judicial** 25 de Octubre de 2011. Disponible en: <<http://www.cij.gov.ar/nota-8058-Confirman-procesamiento-de-responsables-del-sitio-de-Internet-Taringa-.html>> Acceso en: 22/02/2016.

CREUSS, Carlos. **Derecho Penal, Parte General** Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, 651 p.

DE ZAVALÍA, Francisco. **Bloqueo de páginas web en Argentina:** cautelar en un proceso penal 25 de julio de 2013. Disponible en: <<http://entremedios.org/2013/07/25/bloqueo-de-paginas-web-en-argentina-cautelar-en-un-proceso-penal/>> Acceso en: 22/02/2016

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos. Marco Jurídico Internacional del Derecho de Autor y los Derechos Conexos de Berna (1886) a los Tratados de la OMPI (1996). *In: II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial*. Buenos Aires: CADRA/ OMPI/ IFRRO/ CEDRO, 2004

HERRERA, Marisa.; CAMELO, Gustavo.; PICASSO, Sebastián. **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, 631 p.

KARP, Hannah. "Grooveshark Is Dealt a Blow in Copyright-Infringement Case" **The Wall Street Journal, WSJ**, 3079/2014, 2014. Disponible en: <<http://blogs.wsj.com/digits/2014/09/30/grooveshark-is-dealt-a-blow-in-copyright-infringement-case/?mod=ST1>> Acceso en: 07/03/2015

La Justicia rechazó bloquear acceso a Cuevana. **Infobae** 6 de febrero de 2013 Disponible en: <<http://www.infobae.com/2013/02/06/695159-la-justicia-rechazo-bloquear-acceso-cuevana>> Acceso en: 15/03/2015

LESSIG, Lawrence. **Cultura Libre**. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad Chile: LOM, 2005, 303 p.

LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA S. A, 2003, 933 p.

_____. Los Tratados de Internet en la OMPI. *In: II Jornadas de Derecho de Autor en el Mundo Editorial*. Buenos Aires: CADRA/OMPI/IFRRO/CEDRO, 2004, pp.1-25

_____. Violaciones a los derechos de autor y los derechos conexos-Sanciones civiles y penales. **Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces de Centroamérica y Panamá**. San José de Costa Rica, 1994

MARTÍNEZ FAZZALARI, Raúl. Internet y Ley 11.723 de propiedad intelectual: A propósito de los casos Cuevana, Megaupload, ley SOPA. *In: Internet, Libertad de Expresión y Propiedad Intelectual Debate sobre los Intentos de Regulación*. La Plata Jornada Académica del Colegio de Abogados de La Plata del Jueves 3/5/12. Disponible en: <http://www.calp.org.ar/uploads/docs/medios_resumen_jornada_2012.pdf> Acceso en: 10/5/2015

MOLINA QUIROGA, Eduardo. Redes sociales y buscadores en Internet. *In: Internet, Libertad de Expresión y Propiedad Intelectual Debate sobre los Intentos de Regulación*. La Plata: Jornada Académica del Colegio de Abogados de La Plata del Jueves 3/5/12 Disponible en: <http://www.calp.org.ar/uploads/docs/medios_resumen_jornada_2012.pdf> Acceso en: 10/5/2015

NEGROPONTE, Nicholas. **El Mundo Digital**. Barcelona: Ediciones B, 1995, 284 p.

NÚÑEZ, Ricardo **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, Córdoba: Lerner Ediciones, 1978

OMÁN, Ralph. "El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet". **Boletín de Derecho de autor**. París: Unesco, vol. XXXII, nº 2, p.28-38, abril/junio 1998

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Montego Bay, 1982, 230 p.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. UNESCO **Políticas para la Creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativa**, París: UNESCO, 2010, 153 p.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. OMPI **Glosario de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Ginebra: OMPI, 1980

_____. **¿Qué es la Propiedad Intelectual?** Ginebra: Publicación de la OMPI N° 450(S), 2002, 25 p.

_____. **Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos**. Ginebra: OMPI/CR/GE/98/3ª, 1998, 13 p.

PALACIOS LÓPEZ, Marco.; ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Ricardo. **Propiedad Intelectual Temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000, 552 p.

PERALTA, Jonathan; SALAZAR, Luis; RIVAS, Rodrigo. (s.f) “Digitalización” **Multimedia**. Disponible en <<http://www2.udec.cl/~lsalazarv/digitalizacion.html>> Acceso en: 17/03/2016

¿Por Qué Subir una Película a YouTube No Es Delito?. Disponible en: <<http://www.abogados.com.ar/por-que-subir-una-pelicula-a-youtube-no-es-delito/13530>> Acceso en: 07/03/2015

POZZO, Juan. “Acciones contra usuarios particulares de Internet por la utilización de archivos musicales”, **Revista LA LEY**, 01/06/2006. Disponible en: <<http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.ar/2006/11/acciones-contra-usuarios-particulares.html>> Acceso en: 10/03/2016

RIFKIN, Jeremy. **La era del acceso. La revolución de la nueva economía**. Barcelona: Paidós, 2000, 161 p.

“Sobreséen a Horacio Potel” **Fundación Vía Libre** 21 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www.vialibre.org.ar/2009/11/21/sobreséen-a-horacio-potel/>> Acceso en: 23/02/2016

VIBES, Federico. “Acceso a la cultura y derechos de autor” Buenos Aires: **LA LEY**, 18/08/2006

VILLALBA DÍAZ, Federico “Algunos aspectos sobre los derechos de autor en Internet” - Alfa-Redi. **Revista Electrónica de Derecho Informático**. N° 31, febrero de 2001

YÚDICE, George. **Nuevas tecnologías, música y experiencia**. Barcelona: Gedisa, 2007, 106 p.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002, 1116 p.

Jurisprudencia

ARGENTINA. Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala II. Sentencia del 26 de Marzo de 1998 “A.A.D.I – C.A.P.I.F Asoc. Civ. Recaudadora c. Casal Walter A. y otro” Buenos Aires, **La Ley**– 1999-489

_____. Cámara del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I. Sentencia del 3 de Noviembre de 2006 Medina, Miguel Ángel s/procesamiento y embargo”, instrucción 6/118, Causa N° 27.721, **Diario Judicial**, 03/11/06.

_____. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI Sentencia del 7 de Octubre de 2011. Nakayama, Alberto s/ procesamiento. Causa N°42.318 **elDial.com** - AA70A7

_____. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. Sentencia del 1 de Marzo de 2016. **F M, S M c. Google INC. Yahoo de Argentina SRL s. medidas precautorias.** Disponible en: <http://www.abogados.com.ar/archivos/3bbfe4_F.-M.,-S.-M.-C-Google-Inc.-y-Yahoo-de-Argentina-S.R.L.-s-Medidas-precautorias.pdf> Acceso en: 07/03/2016

_____. **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1.** Sentencia del 5 de Mayo de 2015 "Botbol, Hernán y otros" CCC 21964/2014/CA1. Disponible en: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/upload_archivos/8418_100091_Taringa%20-%20Fallo%20Camara.%20Mayo%202015.pdf>. Acceso en: 24/02/2016

_____. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II Sentencia del 11 de Mayo de 2007. **Medina, Ángel s/recurso de casación C.7012, Reg. 9971.**

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia del 11 de Diciembre de 1990 "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771", Fallos 313:1305 **elDial** - AA9AF

_____. Sentencia del 10 de junio de 1999 "Schroeder, Juan Jorge y otros s/ falsificación de doc." causa Nº 14.914 reg. 16.519 - **elDial** - AAC4

_____. Juzgado Civil 64. Sentencia del 11 de Marzo de 2013. **Capif Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y otros c/ The Pirate Bay s/ Medidas Precautorias**, Expte. Nº 67921/2013. Disponible en: <<http://derechoaleer.org/media/files/tpb/232015119-CAPIF-CAMARA-ARG-DE-PRODUCTORES-DE-FONOGRAMAS-Y-OTROS-c-THE-PIRATE-BAY-s-MEDIDAS-PRECAUTORIAS.pdf>> Acceso en: 22/02/2016

_____. **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 12.** Sentencia del 4 de Agosto de 2011 "N.N. s/ revelación de secretos políticos y militares". Disponible en: <<http://www.cij.gov.ar/nota-7469-El-juez-Sergio-Torres-ordeno-bloquear-el-acceso-a-dos-sitios-de-Internet.html>> Acceso en: 23/02/2016

ESTADOS UNIDOS. **Cámara de Apelaciones. Noveno Circuito del Área Norte del Estado de California Sentencia del 12 de febrero de 2001**, "A&M Records y otros v. Napster Inc.", Caso número, 00-16.401

ESTADOS UNIDOS. Corte del Distrito Sur de Nueva York. Sentencia del 14 de noviembre de 2013. **The Authors Guild, Inc., and Betty Miles, Joseph Goulden and Jim Boston.** Case 1:05-cv-08136-DC Document 1088 Filed Page 1 of 30

UNIÓN EUROPEA. Tribunal Judicial, Sala Cuarta. Sentencia del 13 de febrero de 2014. **Svensson C-466/12.** Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=28629>> Acceso en: 07/03/2015

_____. Sentencia del 10 de abril de 2014. **ACI Adam BV.** C-435/12. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150786&doclang=ES>> Acceso en: 07/03/2015

Trabalho enviado em 31 de março de 2016.

Aceito em 28 de agosto de 2016.