**¿Es posible compartir en Internet respetando derechos de terceros? Reflexiones sobre el caso 'Taringa'**

**Por Facundo Malaureille Peltzer (\*)**

**I. ANTECEDENTES**

El presente comentario se refiere al procesamiento a los dueños del portal Taringa, concretado en la causa Nº 41.181 -interlocutoria Sala VI- Juzgado de Instrucción Nº 44 por violar la Ley 11.723.

Según refieren los magistrados de la Cámara Nacional en lo Criminal, se han dado las circunstancias para que los hermanos B. sean considerados como partícipes necesarios para que terceros puedan violar los derechos de autor conforme lo establecido en el art. 72 bis de la Ley 11.723.

**II. EL NEGOCIO DE TARINGA**

Hasta hace algunos años se entendía Internet -en su primera versión o 1.0- como el lugar indicado para buscar y acceder a información.

Así cuando se necesitaba acceder a los periódicos del mundo o Argentina, Internet era una excelente opción para tenerlos todos juntos y al alcance de la mano.

Con la ayuda de los buscadores, las principales puertas de entrada a Internet tal como lo hemos señalado en un trabajo anterior, (1) las consultas en línea resultan muy fáciles.

Sin embargo, Internet tenía reservada una segunda versión -Internet 2.0-, la actual, que nos permite no solo acceder a información sino también compartirla con otros en las redes sociales, los blogs, los mensajeros, etc.

La revolución digital de Internet explotó en los escritorios de las oficinas y hogares, pero también en los bolsillos y carteras de los usuarios a través de los dispositivos móviles.

Con ellos los usuarios de Internet están todo el día conectados compartiendo información personal o profesional, fotos, comentarios, vacaciones, programas, canciones, películas, propias o de terceros.

En este contexto de democratización de la información, determinadas organizaciones -sociedades comerciales en su mayoría- han venido a construir ciertas plataformas tecnológicas para que la información pueda ser "subida" a Internet, accedida por otros y, por lo tanto, compartida entre todos los usuarios de la red de redes. Una de estas empresas que ha construido una plataforma de intercambio de información o contenidos es casualmente Taringa.

Taringa funciona en la URL <http://www.taringa.net/> y se trata de uno de los sitios web más visitados de su rubro por usuarios latinoamericanos, que entre ellos se denominan "taringueros".

Los titulares de Taringa y algunos de sus seguidores más fanáticos se han encargado en los últimos días de explicar en el mismo sitio y en otros sus razones del intercambio de enlaces, dando también explicaciones jurídicas de por qué las mismas serían legales. En algunos casos las explicaciones han llegado a ser insultos hacia algunos otros que contrarrestaban sus opiniones o adherían a la sentencia del procesamiento que nos ocupa. Dentro de las explicaciones dadas, la que más se ha escuchado es que: *«como administradores de un sitio web [...] no podemos investigar el destino final de cada uno de los 20.000 post diarios que recibimos, escrutando la inmensidad de Internet, para determinar eventualmente sobre la licitud o ilicitud de lo que sea que allí encontremos»* (2).

Según los titulares mismos, les resulta imposible investigar el destino final de los "post" que hacen los usuarios.

Después volveremos sobre este punto pero si no pueden hacer eso, ¿qué es lo que sí pueden hacer? En definitiva, ¿qué tipo de control de legalidad o autoría hacen? Sin ser irónico: ¿hacen algo al margen de ganar miles de pesos con publicidad?

La excusa suena a mera excusa, ya que si pensamos en el administrador de un supermercado que maneja miles de productos diarios que entran y salen de las góndolas, considero que nadie podría creerle si dijera «Yo no puedo saber si los productos están en buen estado o no» o si dijera «No puedo saber si los productos son legales o robados».

Y por qué, si no aceptaremos nunca esa exclusión de responsabilidad en el mundo físico, tenemos que creerles a los que hacen negocios en la red, y más cuando lo hacen con contenidos de terceros.

Por otro lado, ¿por qué determinadas tiendas virtuales -generalmente las que son pagas- no enfrentan los mismos cuestionamientos?

Mi opinión la daré en las conclusiones, pero por ahora solo voy a adelantar que desde el punto de vista técnico es perfectamente posible hacer esos controles, quizás no en el mismo momento de la "subida" o en línea, pero sí claramente en un tiempo razonable después del "cuelgue" o enlace del contenido.

El único problema para los administradores es que ejercer control sobre los contenidos -y claramente no hablo de censura- implica tiempo, y distraer recursos humanos y técnicos a esos fines, convirtiendo al negocio en uno menos rentable.

Por ese motivo no lo hacen, porque tratan de maximizar los beneficios, sin control alguno, en definitiva sin aplicar ni una pizca de responsabilidad social empresaria, viviendo el momento actual... total los contenidos son de terceros y es muy difícil que ellos se enteren de que los mismos están subidos a un sitio, un portal o una comunidad.

En este punto quiero agregar que en el caso fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 10/8/2010, "D. C. V. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro" , el perito interviniente dejó sentado en su dictamen que *«en los dos buscadores (Google y Yahoo) es posible realizar una búsqueda que evite que en los resultados aparezca determinada palabra; que el buscador gobierna la información y que periódicamente los buscadores recorren con programas informáticos las direcciones de todas las páginas web que existen en Internet accediendo a su contenido que clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores».*

El perito agrega también que el buscador debe prestar toda la colaboración que las circunstancias exijan a fin de hacer honor al principio del alterum non laedere, y eso es lo que debe esperarse de un "buen hombre de negocios" que es además «hacienda idónea necesariamente dotada de los medios técnicos para determinar su conducta» (3).

Como vemos las excusas vertidas por los titulares del sitio Taringa son solo eso: excusas para evadir la normativa y por querer estar en una zona de supuesta legalidad, a todas luces inexistente.

**III. EL PROCESAMIENTO DECRETADO**

La Cámara Nacional ha entendido en la causa Nº 41.181 que los dueños de Taringa han reunido los méritos necesarios para ser considerados partícipes necesarios en la descarga ilegal de contenidos de propiedad de terceros y por lo tanto, tal como lo prescribe el art. 45 del Código Penal, deben ser procesados en esa calidad. El mencionado artículo establece que *«los que prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse -el hecho- tendrán la pena establecida para el delito»* (4).

Ahora bien, lo que resta es saber ¿quién o quiénes son los autores penalmente responsables del delito contemplado en el art.72 bis de la Ley 11.723?

Seguramente la Justicia está en plena investigación y rastreo de los logs de conexión y direcciones IP (5) a los que "colgaron" o "subieron" ese contenido ilegal a la plataforma de Taringa, sin la cual el delito de violación de derechos de terceros no se hubiera podido concretar.

De modo que si coincidimos en que sin esa plataforma la violación de derechos de terceros no hubiese ocurrido, evidentemente entonces la participación de los titulares de Taringa es la de "partícipes necesarios".

**IV. ANÁLISIS LEGAL**

Hasta acá hemos visto cómo funciona un negocio de enlaces de contenidos como Taringa, su inserción y aceptación entre los usuarios, las consideraciones de la Justicia en cuanto a considerarlos como partícipes necesarios en el delito de violación de derechos de propiedad intelectual de terceros. Nos toca analizar si el procesamiento ha sido correcto o si el mismo merece críticas.

Es evidente que la existencia de Internet ha cambiado muchos paradigmas que hasta hace no mucho tiempo eran como verdades absolutas. En esta línea de pensamiento es evidente que Internet en sí misma no es ni mala ni buena. Se trata de un medio más de comunicación entre las personas con muchísimas ventajas sociales, de conexión, innovación, etc., y que nos está haciendo reconsiderar determinadas cuestiones legales, sociales, económicas, familiares, laborales, etc.

Desde el punto de vista legal quiero aclarar uno de los temas que está siendo puesto en duda en muchos foros, blogs, insertados en el mismo sitio de Taringa (6) y en otros sitios donde se está debatiendo en línea esta problemática: no es cierto que Internet es un limbo y que no hay leyes que la regulen. A Internet la hacemos entre todos los usuarios que estamos conectados y enlazados. De modo que somos nosotros mismos los que la usamos y agrandamos día a día. Pero así como en televisión, periódicos, teléfonos, existen leyes que regulan nuestro actuar, de modo que si cometo un delito -aunque sea difícil de probar-, tendré que responder por el mismo penalmente y/o civilmente, según sea el caso, exactamente ocurre lo mismo en Internet. Y si agraviamos o injuriamos, o provocamos daños, o robamos a terceros en el mundo real o físico, tenemos que responder por esos actos, la misma ley se va a aplicar si lo hacemos por Internet, aunque -repito- sea difícil encontrar al responsable. Por lo tanto lo que exhorto es hacer un uso pleno de la tecnología, y sus inmensas posibilidades de conexión e intercambio de contenidos, pero siempre dentro de la ley. No existen razones valederas para suponer que en Internet no se aplican las leyes que nosotros mismos hemos creado para vivir en sociedad.

Puede resultar una tarea compleja y difícil encontrar al autor de un homicidio ocurrido en plena noche y sin testigos. Lo mismo puede ocurrir en Internet, pero eso no significa que no pueden reprocharse conductas, solo porque puede resultar difícil encontrar a sus autores.

Por lo expuesto juzgo que son muy motivantes, para aquellas organizaciones que dentro del marco legal han armado sus plataformas de intercambio de contenidos, sentencias de procesamiento como la comentada, ya que ponen las cosas en su lugar y de algún modo castigan a quienes pudiendo hacer las cosas como la ley establece no lo hacen pensando en un enriquecimiento inmediato y a costa de los usuarios que supuestamente defienden.

Los titulares de Taringa y otros sitios de intercambio de dudosa reputación usan a sus usuarios y los colocan en una posición incómoda legalmente hablando, argumentando y esgrimiendo excusas y solo excusas. Encuentro que estos señores en vez de criticar a la Justicia y a los que piensan de modo distinto a ellos -mientras siguen ganando miles de pesos- deberían repensar sus negocios para que los mismos sean legales, y no argumentar cosas insostenibles, fundamentalmente mentiras, colocándose a ellos y a sus mismos usuarios en una situación muy incómoda e indefendible.

Además es importante señalar que el sitio Taringa tiene abultada publicidad. Solo planteo la siguiente pregunta: ¿son acaso esos anunciantes responsables también? ¿Habrá algún usuario en su rol de consumidor que sufra un daño y haga un planteo de defensa del consumidor? En ese hipotético caso no tengo dudas de que los anunciantes podrían ser considerados "proveedores" y como tales demandables o denunciables también.

**V. USOS Y COSTUMBRES QUE LLEVAN AL DESUETUDO NORMATIVO**

Ahora es tiempo de considerar en forma auténtica y sin ser hipócritas ¿qué es la piratería?. En la actualidad el concepto de lo "trucho" o "pirata" es bastante común, y hasta en algunos ámbitos hasta resulta canchero o símbolo de pertenencia, especialmente en los jóvenes o adolescentes. Por lo tanto decir que piratería es comprar películas en parques o plazas, o remeras en ferias o en las calles, nos pone en una situación de incomodidad frente a una gran mayoría de la población que ha sido anestesiada o simplemente no comparte que esas situaciones son ilegales y deben ser perseguidas. De modo que casos como el que estamos analizando nos llevan a pensar en determinadas leyes que a lo mejor no han resistido el inexorable paso del tiempo. Esta reflexión de anestesia normativa frente a situaciones ilegales nos llevan a considerar que aquellos valores que inspiraron la sanción de esas leyes quizás yo no existen más... O simplemente sí existen. Sin embargo los hemos podido ocultar bajo la alfombra y hacer como que no existen con tal de disfrutar la última película, remera o canción.

Y por qué eso es así: quizás porque es momento de reconsiderar de una vez por todas el esquema de penas del Código Penal. Son tan leves las que regulan estos temas que es mucho más fácil hacer dinero a costa de la ley, ya que es muy difícil que se encuentre a los responsables, y en caso de encontrarlos, la pena no implicará casi ninguna herida.

Este análisis no resiste dos posturas: 1) si algún día hacemos algo nosotros y queremos protección, 2) si pensamos en la enorme cantidad de dinero que ganan los que piratean productos truchos.

Como sociedad toda debemos preguntarnos ¿cómo queremos seguir?.

Por otro lado creo que en tanto no haya coherencia del Estado ni acciones coordinadas entre los poderes públicos, cualquiera puede hacer lo que quiere porque nada le va a pasar.

Es ilógico que persigamos a Internet y no hagamos nada con las ferias reales, los vendedores de plaza o los de la calle Florida o cualquier otra. Estos señores en muchos casos están fuera de la ley no solo por los productos que venden, sino también porque tienen personal no registrado, no pagan impuestos, alquileres, etc. De modo que no solo pierden dinero los fabricantes o inventores o artistas, sino también el Estado, y en definitiva nosotros mismos porque esos impuestos o cargas no pagadas no vuelven en hospitales, rutas, escuelas, programas sociales, etc. Considero que de una vez por todas, si queremos ser un país justo y dar un paso hacia la seriedad, tenemos que ser coherentes y accionar en forma ordenada y no espasmódicamente y según sople el viento. De este modo las conductas que permiten o alientan los titulares de Taringa deben ser penadas también, así como los vendedores callejeros, los de ferias ilegales, etc. Si esto no fuera así, se estaría desnaturalizando el principio constitucional que dice que: todos somos iguales ante la ley.

**VI. EXPERIENCIAS COMPARADAS. ANTECEDENTES EXTRANJEROS**

A continuación hemos de señalar que existen antecedentes jurisprudenciales extranjeros vinculados a la temática.

Lamentablemente, como ocurre en otras temáticas modernas, no existe una línea de interpretación unívoca a nivel mundial.

A estos efectos, y por una cuestión de "economía académica" si es que vale el término, vamos a remitir al lector al trabajo de reciente publicación del Dr. Tomeo (7).

Solo diremos que hubo un caso llamado "RIAA (Recording Industry Association of America) vs. Napster" como consecuencia del desarrollo del primer sistema o programa peer-to-peer (P2P) que permitía a sus usuarios conectarse entre sí e intercambiar música en formato MP3 en forma gratuita sin pagar suma alguna a los titulares de derechos de autor. Esta situación alertó a las compañías discográficas que, al verse imposibilitadas de demandar a los millones de internautas que diariamente se conectaban, promovieron una demanda de daños y perjuicios contra Napster como responsable indirecto de la violación de derechos de propiedad intelectual. El 12 de febrero de 2001 la Corte de Apelaciones de San Francisco condenó a Napster al pago de una indemnización de USD 5 millones y le ordenó bloquear o finalizar cualquier tipo de distribución gratuita de los archivos MP3 protegidos por derechos de autor. En la sentencia se consideró a Napster responsable indirecto por la violación de derechos de autor, ya que disponía de los medios técnicos para que miles de personas violaran las leyes de copyright.

Otro de los casos interesantes para nombrar es el caso de "Pirate Bay" resuelto en Estocolmo. En este caso se acusó a Fredrik Neij, Gottfrid Swatholm Warg, Peter Sunde Kolmisoppi y Carl Lundström por complicidad en la violación de la normativa sueca referente a la protección de derechos de autor.El Fiscal consideró que los acusados eran responsables penalmente por la operación de su servicio de intercambio de archivos (Pirate Bay), teniendo en cuenta que a través del mismo ayudaron a otras personas a transferir y reproducir archivos que contenían ciertas grabaciones de sonidos, películas y software de juegos para computadoras protegidos por derechos de autor. En abril de 2009 los acusados fueron condenados a la pena de un año de prisión y a pagar 30 millones de coronas (2,7 millones de euros) por daños y perjuicios causados a la industria del cine y de la música por violación a la ley de propiedad intelectual.

Existe otro caso en España con el nombre "Gestevision Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A.U. c/ YouTube LLC s/ infracción a derechos de propiedad intelectual". En relación a YouTube, el 20 de septiembre de 2010 el Dr. Andrés Sánchez Magro a cargo del Juzgado Mercantil 7 de Madrid dictó un importante fallo en la materia eximiendo de responsabilidad a YouTube por videos "colgados" por terceros que infringieran derechos de propiedad intelectual (los denominados "videos piratas"). En el presente YouTube ganó la pulseada, ya que el magistrado consideró que *«resulta materialmente imposible llevar a cabo un control de la totalidad de los videos que se ponen a disposición de los usuarios, porque en la actualidad hay más de 500 millones de videos [...] YouTube no es un proveedor de contenidos y por tanto, no tiene la obligación de controlar ex ante la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio web, su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos»*.

Como advertimos hay fallos de todos los colores y que se inclinan hacia uno lado u otro. Lo que está claro es que los reclamos no se van a agotar, al contrario, aumentarán y entonces cada Estado resolverá si necesita una ley especial o si con las existentes es suficiente para resolver los planteos.

**VII.COMENTARIOS FINALES**

Hemos visto a lo largo de este trabajo que los titulares del sitio Taringa han resultado procesados por ser partícipes necesarios en el delito de violación de derechos de terceros del art. 72 bis de la Ley 11.723. Hemos analizado también los argumentos que llevaron a la Justicia a tomar esa decisión. A su vez, tratamos de considerar los argumentos de la defensa, aunque ya hemos expresado la liviandad de los mismos, y lo poco convincentes que fueron. Pudimos también ver qué ha pasado en otros lugares del mundo con problemáticas similares, gracias al aporte de Fernando Tomeo y sus investigaciones (8).

Hechas estas aclaraciones podemos concluir que:

1. el *thema decidendum* se enrola en uno de los efectos mundiales de la globalización y democratización de Internet;

2. como hemos dicho muchas veces, Internet no es bueno ni malo en sí mismo, pero sí claro el uso que se da de ese novedoso y apasionante medio de comunicación;

3. Internet ha puesto en jaque muchos paradigmas, y hay que a adaptarse a esos cambios;

4. existen leyes que se aplican al mundo real y que deben aplicarse también al mundo virtual, ya que somos nosotros mismos los que actuamos en ambos mundos;

5. quizás es momento de estudiar seriamente la ley penal y adaptar las penas previstas para que las mismas cumplan uno de los fines que se estudia en derecho penal: la persuasión hacia el criminal de no actuar.

En definitiva se concluye que desde el punto de vista técnico son perfectamente advertibles o rastreables -al menos- los contenidos ilícitos, y que es evidente que hay empresas que han podido organizarse y ganar dinero cumpliendo la normativa. Taringa debe entonces organizar sus procesos internos para que en caso de una "subida" ilegal la misma pueda ser dada de baja. En caso de que el control no funcione, y ante la advertencia de un titular dañado en sus derechos, deberá dar de baja ese contenido demostrando así su buena fe, y el cumplimiento de principios de derechos básicos y que permiten la convivencia social.

Hemos visto también que gran parte de la legislación comparada se encuentra en proceso de ajuste o de cambios de normas existentes, mientras que otros países esperan el nacimiento de un marco legal específico para estas problemáticas. Nuestro país es uno de los que espera...

Para concluir juzgo que nuestro país debe:

1. adaptar las penas del Código Penal y hacerlo así un código más competitivo con la globalización y la transnacionalización del delito;

2. en cuanto al caso que nos compete es claro que la interpretación que hace la cámara para el procesamiento es correcta, y lo ha hecho con las normas existentes sin que haga falta agregar algún nuevo instituto;

3. lo dicho es aplicable en material penal. En material civil, sí creo que hace falta resolver la laguna legal de regular los ISPs o proveedores de servicio de Internet -entre otras cosas- para no obligar a los jueces a fallar con las leyes existentes forzando institutos legales aparecidos mucho antes que Internet, y sin poder medir las consecuencias globales y casi inmediatas de determinadas acciones que Internet permite. Fundamentalmente la "amplificación" del contenido dañoso.

Por lo tanto creo que hay avanzar en la regulación de esa materia en un tiempo no muy lejano, así como también en otras cuestiones como robo de identidad o la regulación del comercio electrónico (9).

(1) "Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente", Responsabilidad Civil, febrero 2011.

(2) <http://www.taringa.net/posts/taringa/10557222/La-situacion-de-Taringa_-explicada-por-nosotros.html>

(3) Cfr. CNCom, Sala B, 1/11/2000, in re "Delgiovannino Luis Gerardo c/ Banco del Buen Ayre S.A."

(4) Conforme Código Penal art.45, «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo».

(5) Según se dice en <http://es.wikipedia.org/wiki/Dirección_IP>, una dirección IP es una etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a un interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo -habitualmente una computadora- dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del protocolo TCP/IP.

(6) <http://www.taringa.net/posts/taringa/10557222/La-situacion-de-Taringa_-explicada-por-nosotros.html>

(7) Responsabilidad penal de los administradores de sitios web. El caso Taringa! Tomeo, Fernando, La Ley, 1/6/2011, 8.

(8) <http://www.taringa.net/posts/taringa/10557222/La-situacion-de-Taringa_-explicada-por-nosotros.html>

(9) Cfr. exptes. 4643-D-2010 y 4644-D-2010 presentados por la Diputada Nacional Natalia Gambaro.

*(\*) Abogado. Executive MBA IAE. Especialista en Derecho Informático y Tecnologías de Información. Coordinador de la iniciativa Securing our eCity para Latinoamérica. Socio del Estudio Salvochea. Profesor de la Univ. de Belgrano y de la Univ. de San Andrés. Autor de numerosas publicaciones sobre Derecho y Tecnología.*