



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 13630/2012/CA2. "P., L. y otros". Sobreseimientos. JI 20/162.

///nos Aires, 28 de octubre de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. La jueza de la instancia de origen sobreseyó a L. P., E. S., L. J. D., D. B. G., J. L. H., A. M., P. S. O., K. R. S., S. M. T. y S. K., artículo 336, inciso 3° del código adjetivo y dispuso el archivo de las actuaciones (fs. 249/253, punto 1 y último párrafo).

La representante fiscal apeló la disposición de archivo (fs. 254/vta.) y el apoderado de la querellante impugnó los sobreseimientos decretados y el mencionado archivo.

Realizada la audiencia prevista en el artículo 454 del código procesal, expusieron agravios el Dr. Nicolás Amelotti, por el Ministerio Público Fiscal y el Dr. R. D. C., por la querella. Por la defensa de los imputados replicó la Dra. Gilda Belloqui de la Defensoría General de la Nación.

El Dr. C. solicitó la revocatoria del archivo decretado, así también la de los sobreseimientos y que se convocara a indagatoria a los imputados. Calificó la resolución de arbitraria y contradictoria y, por tanto, desprovista de la debida fundamentación. En cuanto a la acción de los usuarios que subieron la película, resaltó que el propio Ministerio Público ha sostenido que serían pasibles de responsabilidad penal en los términos de la ley 11.723, ante lo cual el archivo dispuesto resultaría injustificado, por lo que propició la prosecución de la investigación y su individualización. Con apoyo en lo resuelto en la causa "www.taringa.net y otros" de la Sala VI de esta Cámara (c. 41.181, rta. el 29/4/2011) sostuvo, contrariamente al criterio expuesto por la fiscalía y la magistrada, que la conducta de los administradores de *youtube.com* resultaría típica y antijurídica, por cuanto a través de su sitio permitieron que se publicitaran obras que finalmente eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares, por lo que los consideró conocedores de la ilicitud de ese obrar, sin que, a su criterio, la

posibilidad de denunciar el uso ilícito por parte de los titulares autorales resulte suficiente para exonerarlos. En ese sentido, indicó que en la causa no hay evidencia alguna de medidas por parte de los imputados tendientes a controlar y evitar hechos como los denunciados; que el sistema de bajas es *ex post* a la concreción de los hechos; que, incluso luego de informados sobre la propiedad intelectual de “Un Cuento Chino”, volvieron a permitir la ocurrencia de sucesos iguales a los denunciados en la primera ocasión; y que los nombrados no pueden unilateralmente exigir a quien no es parte del acuerdo privado entre usuarios del sitio imponerle una carga para evitar un perjuicio que sólo les produce a ellos un lucro. Contrariamente a lo expuesto por el juez, estimó que “las bajas a requerimiento” demostrarían que tienen un conocimiento cierto de la ocurrencia de esos ilícitos y, en base a ello, afirmó que correspondía considerarlos autores materiales de los hechos -por cuanto les atribuyó la posición de garantes- o, en su defecto, partícipes necesarios de esos actos, sea con dolo directo o eventual. También cuestionó que, probada la materialidad de lo denunciado, se concluyera su inocencia o desconocimiento, cuando ni siquiera ellos la adujeron porque no fueron escuchados en autos. Resaltó que los nombrados resultan “celosos” de sus derechos autorales en todo el mundo; en sus propias páginas aluden haber alcanzado acuerdos sobre derechos de autor con varias empresas -Disney, etc.- y pregonan explícitamente una política, a su criterio arbitraria y unilateral, sobre tales derechos. Así, expresó que, toda vez que su mandante no es usuario, ni ha firmado ningún convenio, no tiene por qué seguir el procedimiento que esa firma solicita para el caso de infracciones. Considera que éste es demostrativo del efectivo conocimiento de los imputados en cuanto a que en su plataforma ocurren infracciones al derecho de autor y de que la empresa posee capacidad efectiva para admitir y remover el material que exhibe, lo que estima revelador del total y absoluto dominio del hecho de su parte, al punto que eliminaron a su voluntad los links que estaban incluidos en la denuncia primigenia. Manifestó que entendía inverosímil que una empresa que vale millones de dólares, que crea un riesgo enorme y concreto a la violación de la propiedad intelectual, al punto que poseer un sitio *web* para abordar ese asunto, que lucra con eso a través de la venta de publicidad y que tiene el dominio de lo que ocurre en su sitio, desconozca que por más de nueve meses fue exhibida la obra de su mandante unas 196.966 al 18 de abril de 2012 y que, posteriormente, se volviera a reiterar esa

situación, máxime cuando se trata de una película que dura más de una hora y media y fue subida con su título original, que ha ganado títulos internacionales y que, incluso, se podía ubicar con ese nombre a través del buscador de la página. En suma, adujo que el hecho de que *youtube.com* hubiera suscripto acuerdos para la exhibición de obras audiovisuales con diferentes sellos resultaba indicativo de que conocía los valores de la propiedad intelectual, las normas que tutelan la actividad y las consecuencias de las infracciones. Agregó que al brindar una plataforma que permite la exhibición a través de Internet, con acceso libre, gratuito y sin solución de continuidad a una película cuyos derechos están en cabeza de su mandante, se le ocasionó a éste un perjuicio patrimonial y, proporcionalmente, un beneficio económico directo a ellos, por vía de ampliación de su mercado de publicidad y/o aumentando el valor comercial del sitio por la cantidad de visitantes, conducta que entiende encuadrada en el artículo 71 de la ley 11.723.

El Dr. Amelotti afirmó, en consonancia con los escritos de la fiscalía de primera instancia glosados a fs. 221/224 y 249/250, que existe interés del Ministerio Público Fiscal de continuar la investigación contra los usuarios que subieron a *youtube.com* la película “Un Cuento Chino”, cuyos derechos de propiedad intelectual se encuentran en cabeza de “P. F. S.A.”, por cuanto los considera responsables de una conducta positiva que vulnera la ley 11.723. En ese sentido, propició la continuación de la investigación y, como primer paso, la individualización de los nombrados -“.....”, “.....”, “.....”, “.....”, “.....”, “.....”, “.....”, “.....” y “.....”-.

La Dra. Belloqui, por su parte, circunscribió su intervención a la defensa de los responsables de “Google” sobreseídos. En primer término, propició la aplicación de la doctrina del precedente de esta sala “Tavolaro Ortiz”, porque afirmó que en este legajo no habrían existido actos de instrucción, por cuanto la única medida que se habría cumplido fue la declaración de un técnico de la División Delitos en Tecnología de la Policía Federal. Sin perjuicio de ello y para el caso de no admitirse esa postura, objetó la posibilidad de la querrela de recurrir los sobreseimientos dictados, coincidentes con una petición fiscal en el mismo sentido, por cuanto no habría sido acompañada por el representante del Ministerio Público Fiscal, presente en la audiencia. Así también, dejó planteada las vías recursivas subsiguientes, de no ser admitidos sus planteos. En otro orden, propició la

confirmatoria de los sobreseimientos por razones coincidentes con la jueza de la instancia anterior, fundadas en la ausencia de dolo de los imputados, en su imposibilidad de conocer anticipadamente los contenidos y en la falta de capacidad para prever acciones delictivas subsiguientes. Para ello señaló, entre otros, datos provenientes de la propia querrela, como el objetivo de creación del sitio -para subir videos caseros-, la cantidad de usuarios que registra -alrededor de ochocientos millones-, la “herramienta de denuncia” que se puso a disposición y los convenios celebrados y publicitados con empresas y canales, a partir de los cuales desechó el “dominio del hecho” aducido y los presupuestos de conocimiento y capacidad que la querrela trajo a colación para imputar una actuación dolosa, a su criterio, no claramente definida. Por otra parte, rechazó la invocación del fallo “Taringa”, porque existiría una clara disimilitud fáctica entre ambos casos. Dijo que en “Taringa” se evaluó la conducta de los administradores de una página que habilitaba una biblioteca de “hipervínculos”, es decir, estrictamente concebida para el intercambio de contenidos que infringían la ley de propiedad intelectual. Señaló que a diferencia de ello, *youtube.com* presta una diversidad de servicios legales -el acceso a videos caseros, a transmisiones de canales de televisión, etc.- y resaltó además que la “herramienta de denuncia” revelaría claramente que su actividad no incluye infringir el *copyright* sino que pretende evitarlo, habiendo funcionado en el caso concreto, incluso antes de la denuncia de los interesados. También mencionó precedentes extranjeros e indicó que en todos ellos la responsabilidad penal se vinculó a sitios creados específica y exclusivamente para vulnerar los derechos de autor.

II. El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

1. Comparto el criterio desincriminatorio adoptado en base a la atipicidad de la conducta y las razones expuestas como fundamento por el magistrado instructor y por la defensa durante la audiencia.

No obstante ser de público y notorio, conforme surge de las constancias documentadas que tengo a la vista y de los términos de la declaración de M. A. J., de la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal, www.youtube.com es una página de reproducción de los archivos en formato de video que son subidos a esa plataforma por usuarios registrados, desde la cual, quienes no lo son pueden verlos gratuitamente y sin cumplir ningún requisito. Según explicó, para incorporar un

archivo de esas características al sitio se requiere estar registrado como usuario; agregó que, de hecho, al ejecutar la acción la plataforma asigna a esa persona -que puede estar en cualquier parte del mundo- una identificación única, que sirve para encontrar el video en cuestión (enlace). Es decir, que se trata, en principio, de una plataforma sin contenidos, en la que básicamente es el usuario quien lo provee (fs. 191/192). Sin perjuicio de la forma en que se los clasifica para ayudar en la búsqueda del material.

La característica esencial es que los contenidos que se suben a *YouTube* no son conocidos anticipadamente por los que administran el sitio y, de hecho, en la mayoría de los casos provienen de filmaciones de particulares, ediciones privadas, o de medios periodísticos, o de la decisión positiva de difusión gratuita por parte de quienes tienen derechos reconocidos sobre una obra, etc.

En ese contexto, entiendo que no tiene cabida la pretensión de la querrela de considerar *ex ante* a los explotadores del sitio como *garantes* de los contenidos de esa página y/o partícipes necesarios de las acciones delictivas o ilegales que se puedan realizar a través de la incorporación de los videos que se suban. La eventual acción dolosa o negligente de estos usuarios (por ejemplo, en casos de difusión de pornografía infantil, defraudaciones, acoso, difamación, etc.) no puede *regresar* convirtiendo en delictivo el tramo común objeto del contrato -la puesta a disposición de la plataforma y el uso que realiza el que se registra- porque la prestación del servicio consiste en facilitar una herramienta cuyo uso ilegal no puede, como se dice, alcanzar al que la facilita.

El sitio *web* cuya responsabilidad la querrela pretende criminalizar, que reproduce videos *on line*, esto es, presta un servicio de intermediación para subir contenidos y su característica esencial para socializar información cultural a nivel mundial le otorgan una condición destacada. Esto pone en evidencia que, si bien nos encontramos frente a una *actividad riesgosa*, por los beneficios mencionados precedentemente en la difusión y promoción de contenidos culturales, es aceptada como un *riesgo permitido*¹.

¹ Jakobs, Günther, **La imputación objetiva en derecho penal**, trad. de Cancio Meliá, 1996, Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 43 y siguientes.

En consecuencia, los efectos que pueda tener la utilización ilegal o ilícita del sitio sólo podrán generar alguna responsabilidad posterior, una vez que los titulares del sitio tengan conocimiento de ello.

Como vengo diciendo, si bien no tiene la obligación de controlar la ilegalidad de los contenidos, salvo supuestos expresamente establecidos por políticas de la empresa o por acuerdos que haya suscripto, deben colaborar con posterioridad con los titulares de los derechos para que, identificada la infracción, se proceda a retirarlos del sitio. La responsabilidad del sitio recién se hará presente, *ex post*, cuando el que invoca el carácter de titular de un derecho lo puso efectivamente en conocimiento, individualizando en concreto los contenidos que pueden lesionar o restringir sus derechos. Así ocurrió en este caso, conforme se informó a fs. 165 y 242/248.

No podemos olvidar que nos encontramos en el contexto de una causa penal. Si la cuestión es polémica en sede civil², resulta claro que la responsabilidad objetiva por el peligro de la cosa, que podría, eventualmente, acarrear responsabilidades civiles conforme al art. 1113 del Código Civil, no puede ser importada al derecho penal.

En virtud de lo señalado, considero sustancialmente acertados los sobreseimientos decretados respecto de L. P., E. S., L. J. D., D. B. G., J. L. H., A. M., P. S. O., K. R. S., S. M. T. y S. K. (artículo 336, inciso 3° del código adjetivo).

2. Por otra parte, estimo que -en la situación denunciada en autos- tampoco resulta delictiva la acción de los diversos usuarios que pusieron a disposición gratuita e indeterminada la película tutelada.

La querrela reiteró durante la audiencia que “Un Cuento Chino” fue subida en todos los casos sin alteración alguna ni de su nombre, ni de su autor, ni de su texto, al punto que podía ser encontrada por su título original en el “buscador” de *youtube.com*. Subsumió la conducta de los responsables de “Google” en el artículo 71 de la ley 11.723, que prevé la acción de quien “...*de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley*”.

² No sólo en nuestro país sino a nivel internacional. Cfr. **Tratado Jurisprudencial y Doctrinario: Derecho Informático**, Director: Eduardo Molina Quiroga, T. I, v.1, LL, 2011, p. 163 y sgtes., en part. p. 165 y séte., apartado F) “Responsabilidad de los ISP y de los buscadores”.

Hay que tener en cuenta que la descripción genérica de lo que se prohíbe se encuentra relacionada con el tipo penal de la estafa (artículo 172 del Código Penal), lo que necesariamente -más allá de la amplitud e indeterminación del mencionado artículo 71- requiere un desplazamiento económico en favor del autor o de terceros, generado mediante ardid o engaño, y en perjuicio de la víctima.

Ni ese medio comisivo, ni ese desplazamiento fueron argüidos por la querrela, ni la prueba colectada da cuenta de una actividad que reúna esas características. El representante de la querrela dijo que el sitio se habría visto beneficiado por el prestigio derivado de un mayor número de consultas y, económicamente, por el acceso de esas personas a sus contenidos publicitarios, que son su fuente de ingreso.

En realidad de lo que se está hablando es de supuestos beneficios indirectos y eventuales de “Google”, pero en ningún caso de un desplazamiento patrimonial de “P. F. S.A.”, provocado deliberadamente bajo los términos del artículo 172 del Código Penal. El perjuicio que se ha traído a consideración no es una afectación por un desplazamiento económico como exige la figura, sino, en todo caso un lucro cesante por las sumas que, en base al derecho de autor, se habrían dejado de percibir por el acceso gratuito habilitado.

Dicha cuestión encontrará eventualmente amparo por otra vía, pero de ningún modo satisface las exigencias del tipo penal para dar por configurada una acción delictiva por parte de los usuarios que “subieron” la película. En razón de ello, entiendo que corresponde reconvertir el fundamento del archivo oportunamente dispuesto porque, conforme lo expuesto, tiene base en que la hipótesis traída a consideración no constituye delito (artículo 180, última parte, del código adjetivo). Así voto.

3. Por último, y circunscripto a la impugnación de los sobreseimientos, entiendo que existe también una cuestión de índole formal que me llevará a votar por su confirmatoria.

En ese sentido, el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia guardó silencio al ser notificado de la celebración de la audiencia oral con motivo de la apelación interpuesta por la querrela sobre el punto I de la decisión - artículo 453 del código adjetivo- y así también lo hizo durante la audiencia el Dr. Amelotti -sin perjuicio de su recurso por el Archivo-, por lo que, a mi modo de ver,

consintió la desvinculación dictada por el juez de instrucción en favor de los imputados L. P., E. S., L. J. D., D. B. G., J. L. H., A. M., P. S. O., K. R. S., S. M. T. y S. K., demostrando de esta manera su desinterés en continuar ejerciendo la acción penal pública en relación a ellos, de la cual resulta titular exclusivo.

De esta manera, y tal como lo vengo sosteniendo a partir de los fallos “**Puente**” (causa nro. 36.397, rta. 8/09/09) y “**Abdelnabe**” (causa nro. 36.269, rta. 21/08/09) del registro de la Sala I de la Cámara y causa nro. 2236/12 “Torres” rta. 27/02/13 de esta Sala, entiendo que el querellante no goza de legitimidad, en esta etapa del procedimiento, para impulsar la acción penal autónomamente.

En base a todo lo expuesto, entiendo que el fallo debe ser homologado. Así voto.

Los jueces Mirta L. López González y Rodolfo Pociello Argerich
dijeron:

1. No entendemos aplicable al caso la doctrina “Tavolaro”, porque consideramos que medió actividad instructoria.

En cuanto a la objeción subsidiaria -fundada en la falta de acompañamiento del Fiscal de Cámara a la impugnación que la querella dirigió a los sobreseimientos decretados en coincidencia con una petición en el mismo sentido del fiscal de la instancia precedente- consideramos que, en este tramo de la instrucción, el acusador particular puede actuar en solitario.

2. En cuanto al fondo del asunto, compartimos plenamente la conclusión de atipicidad de la conducta de los responsables de “Google” y de los usuarios no individualizados que subieron a la plataforma *youtube.com* la película “Un Cuento Chino” en las oportunidades denunciadas y, así también, los fundamentos expuestos en sustento, tanto por el juez de la instancia anterior, cuanto por el vocal que opinó en primer término, razón por la cual votamos por la confirmatoria de los sobreseimientos decretados y del archivo dispuesto, con la reconversión de su fundamento por el de inexistencia de delito.

En virtud del acuerdo al que se arribó, el tribunal **RESUELVE:**

I. Confirmar el punto 1 del auto de fs. 249/253, en todo cuanto fue materia de recurso.

II. Confirmar el último párrafo del auto de fs. 249/253, en cuando dispuso el Archivo de las actuaciones, reconvirtiendo su fundamento por el de inexistencia de delito (artículo 180, último párrafo, del código adjetivo).

Devuélvase y sirva lo dispuesto de atenta nota de envío.

Mirta L. López González

Gustavo A. Bruzzone

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí:

Ana María Herrera

Secretaria