

Poder Judicial de la Nación

Causa N°42.300 "Nakayama, Alberto s/ procesamiento"
 Interlocutoria Sala VI (sgs)
 Juzgado de Instrucción N°44.-

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de octubre de 2011, se reúnen los integrantes de esta Sala VI y la Secretaria Autorizante, para tratar el recurso de apelación deducido por la defensa de Alberto Nakayama (ver fs.296/304), contra el punto I del auto de fs.290/294 en cuanto dispuso su procesamiento en orden al delito previsto y reprimido en el art.72 inciso "a" de la ley 11.723 (cometido en ocho oportunidades) como partícipe necesario y trabó un embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de \$ 100.000 (cien mil pesos).-

AUTOS:

En la audiencia, el recurrente fundamentó sus agravios y, tras la deliberación pertinente, estamos en condiciones de expedirnos.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.-) Del hecho:

Según la intimación de fs.254 se le imputa a Alberto Nakayama que, junto a Hernán y Matías Botbol (cuyos procesamientos fueron confirmados por esta Sala a fs.209/210), en su calidad de propietario de la firma Wiroos S.R.L., contrata el servicio de *hosting* del portal "www.taringa.net", y ofrece a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no se encuentra autorizado para publicar por parte del autor.-

El funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página que tiene un ingreso masivo de usuarios, mediante el cual percibe un rédito económico a través de la venta de publicidad, la cual en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que recibe un sitio.-

Lo expuesto, ha permitido que los usuarios divulgaran *links* permitiendo la descarga de obras cuya propiedad intelectual está protegida, sin que fuera evitado por la administración del sitio -a cargo de los imputados-, facilitando con ello su reproducción ilícita. Entre las obras publicadas se encuentran: "Reparación de PC",

“Desarrollar.net”, “Armado Profesional”, “Servicio Técnico”, “Diseño Gráfico y web”, “Hardware”, “Photoshop Master” y “Cómo actualizar la PC”, pertenecientes a la firma “Gradi S.A.”.-

II.-) De los agravios:

Indicó la defensa que la calificación de participación necesaria en el delito de violación a la ley 11.723 fue construida a través de dos presupuestos fácticos independientes. El primero, poner a disposición de las personas que se registran como usuarios del sitio web “Taringa” la posibilidad de incluir entre sus comentarios (*posts*) direcciones web que habilitan la descarga de obras literarias sin la autorización de sus respectivos autores; y el segundo consiste en no contar con mecanismos de protección que eviten tales infracciones, resultando insuficientes los procedimientos de autocontrol y denuncia que el sitio ofrece como única garantía.-

Sostuvo que ambos supuestos eran equivocados y conducían a una errónea interpretación de la ley sustantiva, en particular de los alcances de la participación criminal (art.45 del C.P.).-

Hizo referencia a que en el ámbito internacional se excluye la responsabilidad de los intermediarios de servicios de Internet por contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos (ver punto 2, apartados “a” y “b” del Comunicado conjunto de la Relatoría de la O.N.U. y otros organismos internacionales, a fs.219/223 y 224/243) y que si alguna persona utilizaba la página para desarrollar algún comportamiento fuera de la ley, no podía acusarse por ello a sus administradores.-

En cuanto a la participación por omisión, es decir, que el sitio no contara con mecanismos capaces de evitar la comisión de este tipo de injustos, recordó que la equiparación de una acción a una omisión en términos de imputación objetiva es una construcción de dudosa constitucionalidad y que para acusar como partícipe necesario de un delito a una persona que no evita la producción de un resultado, debe

Podex Judicial de la Nación

Causa N°42.300 “Nakayama, Alberto s/ procesamiento”
 Interlocutoria Sala VI (sgs)
 Juzgado de Instrucción N°44.-

acreditarse de manera clara que el agente contaba con la posibilidad física de realizar la acción mandada y que, de ser ejecutada, existe una posibilidad rayana a la certeza de que el resultado podía ser evitado. Entendió que lo expuesto no se daba en el caso pues el control *a priori* que podía efectuarse era muy limitado y que en definitiva regía en este sentido iguales reglas que en materia de libertad de prensa. A partir de la cantidad de *posts* que ingresan en el sitio diariamente, era imposible establecer en tiempo real cuál era su contenido y menos aún si ponía en riesgo los derechos de autor. Además, luego de eliminar los *links* con las obras ilegítimas de la página, existe la posibilidad de que sean “subidos” nuevamente.-

Agregó que la circunstancia de que a partir de las denuncias recibidas, el sitio haya dado de baja a la mayoría de los *links* que contenían el material ilícito, descarta la existencia de dolo en la conducta.-

También refirió que los libros reproducidos en infracción a la ley 11.723, están alojados en otras páginas web, por lo que mediante un buscador de Internet se puede acceder a los mismos sin ningún tipo de intervención de “Taringa”.-

Entendió que el auto apelado era arbitrario pues tomó como presupuesto válido que hubo una participación necesaria en el delito, cometido por terceras personas aún no individualizadas, sin que fuera intimada la intervención concreta en alguna conducta desarrollada en nuestro país. Ello, ya que está acreditado que las obras literarias no están almacenadas en la página, sino que se encuentran en el sitio “rapidshare”, cuyos servidores están localizados fuera del territorio nacional, por lo que no puede aplicarse al caso la ley penal argentina.-

Señaló que para que exista cooperación punible es necesario que el autor hubiere desarrollado un comportamiento típico y antijurídico, extremo que no puede ser satisfecho. Se trataría de un agente experimental que actúa sin dolo o bien que no desarrolla una conducta

contraria a la norma, por lo que la intervención que se le endilga carece de significación jurídico-penal. Así, sostuvo que el comportamiento es impune, pues la tentativa de colaboración no puede ser castigada.-

Puntualizó que el embargo se dispuso sin determinar un parámetro de perjuicio, por lo que solicitó que se revocara.-

III.-) Del procesamiento:

Se ha acreditado *prima facie* que Alberto Nakayama es titular junto a los hermanos Matías y Hernán Botbol del sitio “www.taringa.net” (ver fs.150/152) y que permitían que se publicaran obras que eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares (ver fs.24/25, 43/53, 102/114 y 117). Si bien ello ocurría mediante la remisión a otro espacio de Internet ubicado fuera del territorio nacional, lo cierto es que no era posible si no se hacía a través de “Taringa”.-

Por lo demás, nos remitimos en honor a la brevedad a los fundamentos esgrimidos en el día de la fecha en la causa N°42.318-1 “Nakayama, Alberto”, por lo cual corresponde confirmar el auto apelado.-

IV.-) Del embargo:

El monto de \$100.000 (cien mil pesos) fijado en los términos del artículo 518 del Código Procesal Penal será confirmado, pues resulta acorde a las pautas de mensuración allí previstas. La imposibilidad de establecer *a priori* la magnitud del daño económico causado, no impide su mensuración estimativa, máxime cuando la medida cautelar puede ampliarse o disminuirse a lo largo del proceso.-

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE:**

Confirmar el punto I del auto de fs.290/294 en cuanto fuera materia de recurso.-

Devuélvase, para que se practiquen en primera instancia las notificaciones pertinentes. Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío.-



Poder Judicial de la Nación

Causa N°42.300 “Nakayama, Alberto s/ procesamiento”
Interlocutoria Sala VI (sgs)
Juzgado de Instrucción N°44.-

Se deja constancia que el Dr. Ricardo Matías Pinto
no suscribe la presente por hallarse inhibido.-

Julio Marcelo Lucini

Mario Filozof

Ante mí:

Cinthia Oberlander
Secretaria de Cámara

USO OFICIAL