

**“¿Es posible ser condenado penalmente por descargar música de Internet?”.**

**Mp3, P2P y garantías constitucionales.**

**CARLOS A. CARNEVALE**



## I. Introducción.

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. Debe señalarse que la utilización del término “pirata” en forma despectiva por quienes intentan proteger la propiedad intelectual, será utilizado en este trabajo con otro alcance. Tal como señala Alfredo Bullard<sup>1</sup>: *“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. Pero hay otra lectura en las historias de piratas. En ella los piratas eran empresarios privados que combatían el sistema económico imperante en la época, el mercantilismo, en el cual la riqueza no era consecuencia del esfuerzo privado, sino de la repartición de privilegios, por parte del Estado, a algunos grupos con capacidad de influir, en especial entregándoles las riquezas de las colonias conquistadas. Los piratas, bajo esta perspectiva, no robaban, sino que reivindicaban lo que había sido otorgado injustamente y sin merecimiento, buscando abrir caminos al mercado y a las libertades económicas. Como veremos, quizás hay algo de esta segunda interpretación en el caso de la piratería referida a la propiedad intelectual. Quizás estos piratas también estén reivindicando algo que ha sido otorgado*

---

<sup>1</sup> BULLARD, A., “Reivindicando a los piratas. ¿es la propiedad intelectual un robo?”, en Internet <http://repositories.cdlib.org/bple/alcade/7>, pág. 1, sitio consultado el 20 de agosto de 2007.

*como un privilegio por el Estado y que no debió ser entregado a particulares, al menos de la manera y con la extensión con la que se entregó”.*

Según estudios empíricos realizados, la cantidad de canciones que se descargan de Internet es incalculable. Las estadísticas efectuadas en todo el mundo coinciden en afirmar que es creciente el número de personas que descargan música de Internet en forma gratuita, principalmente a través de redes denominadas peer-to-peer (P2P). Se estima que se intercambian ilegalmente en todo el mundo más de 20 mil millones de canciones por año. Se presume que sólo en Argentina se descargaron más de 608 millones de canciones en el año 2006 y que cerca del 75% de los usuarios de Internet descargan archivos en forma ilegal. Esta tendencia crece día a día: del total de consumidores de música que tienen acceso a Internet, el 39% declara que descarga música de Internet. En el año 2004, esta cifra había sido del 24 %<sup>2</sup>.

Cualquier tipo de análisis que quiera efectuarse sobre el tema, debe admitir que se trata de una cuestión que involucra a una gran parte de la población mundial y no se trata sólo de un grupo aislado de personas. Resulta importante señalarlo porque el discurso de las compañías discográficas contra la piratería intenta colocar a esta gran parte de la población como un grupo de individuos que maliciosa y deliberadamente perjudican a los artistas. 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.

---

<sup>2</sup> CAPIF, en Internet <<http://www.capif.org.ar/default.asp>>, sitio consultado el 22 de noviembre de 2007.

En ese sentido, resulta ilustrativo señalar la existencia de partidos políticos que agrupan a personas que intentan difundir una idea de libertad cultural. El primero de ellos fue el Partido Pirata Sueco<sup>3</sup> bajo la consigna "*Cultura compartida, conocimiento libre y protección de la privacidad*", que consiguió las firmas necesarias para presentarse a las elecciones pero no consiguió los 225.000 votos mínimos para tener representación parlamentaria (obtuvieron 9.287 votos). Hoy la agrupación es el partido más importante entre los que no tienen representación en el Parlamento sueco. En España el Partido Pirata Español<sup>4</sup> fue creado en 2006, siendo sus objetivos de luchas más destacables: la abolición del canon digital existente en su país, la modificación de las leyes de propiedad intelectual y el posicionamiento contrario a una hipotética ley de patentes de software. Esta iniciativa no es nueva, hay registrados otros 16 partidos de las mismas características a nivel internacional. Mas allá del alcance que puedan tener estos emprendimientos, el nacimiento de estas agrupaciones es otra muestra del malestar que las leyes vinculadas a los derechos de propiedad intelectual en un entorno digital han generado en la comunidad internauta, así como otro ejemplo del activismo intrínseco en la propia Internet y vinculado al uso de redes P2P.

Si bien no ha alcanzado aún gran popularidad, también se ha formalizado la creación de estos partidos en Chile, Australia, Bélgica, Francia, Estados Unidos, Italia, Austria, Alemania, Reino Unido, Canadá, Países Bajos, Nueva Zelanda, Polonia, Rusia, Suiza, Brasil, Sudáfrica, México, Perú, Portugal y por supuesto, Argentina, donde aún no puede señalarse algún tipo de actividad política<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> En Internet < <http://www2.piratpartiet.se/international/espa%C3%B1ol>>, sitio consultado el 15 de noviembre de 2007.

<sup>4</sup> En Internet < <http://www.partidopirata.es>>, sitio consultado el 12 de noviembre de 2007.

<sup>5</sup> En Internet <<http://www.pp-international.net>>, sitio consultado el 12 de noviembre de 2007. En Argentina: <<http://www.partido-pirata.com.ar>>.

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. Algunos se preguntan frente a esta nueva revolución cultural si tiene sentido perseguir penalmente una conducta socialmente aceptada y practicada por millones de personas, y si se trata realmente de un problema social o de una lucha por los intereses económicos que hay en juego.

La gran cantidad de personas que en forma habitual descargan temas musicales de Internet ha llevado a cuestionar la propia legislación en materia de derechos intelectuales. Más aún, hay quienes llegan a considerar que dado que se trata de una práctica de difusión masiva que adquirió una habitualidad socialmente aceptada, no debería ser sancionada penalmente.

Puede uno preguntarse sino encontraría cabida en este nuevo paradigma cultural la “teoría de la adecuación social” que fuera desarrollada originariamente por Welzel<sup>6</sup>. La misma considera que las acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido, es decir, que son *socialmente adecuadas* nunca caen dentro del tipo aun cuando con arreglo al tenor literal pudiesen ser subsumidas en él.

El principio de la adecuación social persigue una meta correcta cuando se lo emplea para limitar el tipo al comportamiento prohibido de modo general y propio de una figura delictiva. Todos los tipos deben ser interpretados de forma tal que en ellos sólo caigan comportamientos socialmente inadecuados. Se trata

---

<sup>6</sup> CANCIO MELIA, M., “*Los orígenes de la teoría de la adecuación social*”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.

de la eliminación del ámbito del tipo de acciones que no son propias de la figura delictiva, a menudo insignificantes y socialmente toleradas de manera general<sup>7</sup>.

Por su parte, Roxin señala que con frecuencia resulta necesario eliminar de un tipo formas de comportamiento –que según el tenor literal de la ley pueden ser subsumidas en él-, porque no se corresponden con la figura delictiva mentada por el legislador. En algunos casos, se puede utilizar la adecuación social para realzar la figura delictiva del modo más nítido posible y declarar atípicas aquellas acciones que yacen fuera de sus límites<sup>8</sup>.

Se ha sostenido que la adecuación social puede ser un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición<sup>9</sup>.

El Tribunal Supremo Alemán ha resuelto que las acciones habituales admitidas por la generalidad y, por ello, completamente insospechadas en la vida social desde una perspectiva jurídico-penal por hallarse en el marco de la libertad social de acción, no pueden ser típicas o, por lo menos, no pueden ser antijurídicas<sup>10</sup>.

No obstante, hay un hecho importante en esta posible creencia popular de que el intercambio P2P es algo permitido: Internet es el primer medio de comunicación respecto del cual el Estado prácticamente no tiene control.

---

<sup>7</sup> ROXIN, C., “*Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, Número 12, Ad-Hoc, 2001.

<sup>8</sup> ROXIN, C., ob. cit.

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, F. – GARCIA ARAN, M., “Derecho Penal Parte General”, 6ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Pág. 272.

<sup>10</sup> BGHst. 23, 226, 228, citado en el fallo “Montes, Manuel Arturo por inf. Art. 43 inc. A Dec. Ley 8031 en Bahía Blanca” Expte. 3474 del Juzgado Correccional Nro. 1 de Bahía Blanca.

Ningún país permitiría que una empresa ofrezca por televisión o por radio a los televidentes u oyentes discos compactos o películas -copiadas sin autorización- a costo cero. Tampoco podría hacerlo un diario o una revista gráfica. Sin embargo, en Internet ya no se cumplen las mismas pautas que en los restantes medios de comunicación que ya conocemos. Dado que Internet es una red informática totalmente diseminada y descentralizada, el control de este tipo de actividades es muy difícil. No existe una "autoridad central" que dicte reglas y las haga cumplir. Tampoco hay control sobre un "servidor central" que permita quitar del ciberespacio a los servicios de Internet que facilitan actividades ilegales. Por ello, puede ocurrir que para quienes realizan intercambios P2P, al ver que en un medio de comunicación legal -Internet- nadie ha prohibido estos servicios de intercambio de música, entonces, crean que esta actividad está "permitida" ("todo lo que no está prohibido está permitido..."). Pero el asunto radica precisamente en que nadie puede "prohibir" nada en Internet<sup>11</sup>.

Las cuestiones de alcance penal que se suscitan a partir de la utilización de estas nuevas tecnologías facilitadas por el uso masivo de Internet no son pocas. En lo que se refiere a la descarga de archivos musicales, la **legislación** ha quedado desactualizada y varios países advirtieron la necesidad de reformar sus normativas. La persecución penal y mediática iniciada por las empresas discográficas encuentra un obstáculo que son las **cuestiones procesales y penales** que aún no han podido sortear, lo cual explica la casi inexistencia de resoluciones judiciales que condenen a usuarios de programas P2P. En ese sentido, debe señalarse como impedimentos legales para la persecución de los presuntos "piratas" la imposibilidad práctica de individualizar a los usuarios, lo

---

<sup>11</sup> VIBES, Federico P. "La protección del derecho de autor en el ámbito digital (con especial referencia al intercambio de archivos musicales y audiovisuales en Internet)", LA LEY, 09/08/2004, 1.



cual lleva a prácticas cuestionadas, como la utilización del **agente provocador**, la **violación** del amplio espectro del **derecho a la intimidad** a través de dichas prácticas, el problema de determinar la **autoría** en este tipo de ilícitos y el problema de establecer una concreta lesividad a un bien jurídico.

En el presente trabajo, se pretende analizar el alcance que tiene considerar este nuevo fenómeno como prácticas socialmente aceptadas, y la legislación existente en la materia. De esta forma, se procura delimitar los problemas de tipo procesal que se suscitan al momento de perseguir estas conductas cuestionadas.

## II. Acerca del MP3 y las redes P2P.

El archivo más común de descarga es el formato conocido como “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.

A medida que crecen y evolucionan las formas de descarga de archivos musicales por Internet, crece y se profundiza la lucha de las discográficas por combatir estas prácticas. En agosto de 1999 se dio a conocer la primera resolución contra una persona por subir archivos MP3 a Internet. Se trataba de Jeffrey Levy, quien fue beneficiado con una *probation* por el término de 2 años. La condena fue fundada en una ley enviada al Congreso de los Estados Unidos en 1997 por el entonces presidente Bill Clinton: la NET<sup>12</sup> (No Electronic Theft) que fijaba la pena de hasta un año de prisión para quien suba a un sitio de “archivos compartidos” una cantidad de *files* que supere los 1.000 dólares americanos, y de hasta cinco años de prisión si la cantidad de archivos totaliza más de 2.500 dólares americanos, con multas de hasta 250 mil dólares americanos. Pero esa ley quedó caduca por el propio progreso de la tecnología: en 1997, el rey de Internet era Napster, un servidor que ofrecía MP3 a todos los que quisieran suscribirse.

---

<sup>12</sup> No Electronic Theft (net) act, Public law 105–147—DEC. 16, 1997, 105th Congress. En Internet <<http://www.judiciary.senate.gov/special/netact.pdf>>, sitio consultado el 8 de febrero de 2008.

Este recurso utilizado para descargar música de Internet, conocido como Napster, no es más que un servicio de distribución de archivos de música (en formato MP3) que utiliza las llamadas redes P2P creado por Shawn Fanning. Su tecnología permite a todos aquellos con acceso a Internet compartir sus colecciones de MP3 fácilmente con otros usuarios, lo que originó las protestas de las instituciones de protección de derechos de autor. La primera versión de Napster fue publicada a fines de 1999 y su popularidad comenzó durante el año 2000. Se trató del primer sistema de distribución de archivos entre pares de popularidad masiva. 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. En diciembre de 1999 varias empresas discográficas (Seagram Co. Ltd.s Universal Music, Bertelsmann AG´s BMG, Sony Corp.´s Sony Music, AOL Time Warner Music Group y EMI) iniciaron un juicio contra Napster<sup>13</sup>. Los cargos fueron infracción de derechos de autor contributiva y responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro (*vicarious liability*). La defensa de Napster se basó en que su accionar, así como el de los usuarios que comparten la música, era lícito ya que Napster 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, situación contemplada en la Audio Home Recording Act<sup>14</sup> (Acta de Reproducción Casera de Audio) de los EEUU de 1992. Paradójicamente, esto trajo a Napster una enorme popularidad y varios millones de nuevos usuarios. Napster alcanzó su pico con 13,6 millones de usuarios hacia febrero del año

---

<sup>13</sup> "A&M Records Inc. Et al. V. Napster Inc.", Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito del Area del Norte de California, caso N° 00-16.401, Febrero 12-2001, traducción libre al español por Vibes, Federico y Alesina, Juan Carlos, disponible en La LEY, 2001-d, 165.

<sup>14</sup> The Audio Home Recording Act of 1992 added chapter 10, entitled "Digital Audio Recording Devices and Media," to title 17. Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237.

2001. En el mes de julio del mismo año, un juez ordenó el cierre<sup>15</sup> de los servidores Napster para prevenir más violaciones de derechos de autor. Hacia fines de septiembre del 2001, había prácticamente llegado a su fin. Napster aceptó pagar a las empresas discográficas 26 millones de dólares por daños y otros 10 millones de dólares por futuras licencias.

Algunos consideran que el surgimiento de Napster y su posterior crecimiento pudieron haber sido la puerta para evitar el problema económico que hoy dicen padecer los sectores vinculados al negocio de la música. En los últimos siete años desaprovecharon las oportunidades que se les presentaron por subestimar el surgimiento de nuevas tecnologías. Así, según el presidente de la compañía de gestiones Firm, *“dejaron miles de millones sobre la mesa al demandar a Napster, en ese momento los sellos se mataron a sí mismos”*. Señala Jeff Kwatinetz que esto es así toda vez que *“el negocio discográfico tuvo una increíble oportunidad allí. Todos estaban utilizando el mismo servicio, era como si todos estuvieran escuchando la misma estación de radio. Después Napster cerró y los 30 ó 40 millones de usuarios buscaron otros servicios de archivos compartidos<sup>16</sup>”*.

Para los seguidores de Napster el juicio fue algo confuso. Para ellos la habilidad de compartir archivos era una característica propia de Internet y no de Napster, el cual actuaba simplemente como un motor de búsqueda. Muchos argumentaban que de cerrar Napster sólo se conseguiría que sus usuarios emigraran hacia otros sistemas de intercambio de archivos. De hecho ocurrió: a medida que los estrados judiciales fueron dando de baja a servidores como

---

<sup>15</sup> “A&M Records Inc. y otros c. Napster, Inc.”, Corte de Apelaciones de 9no circuito de Estados Unidos, 2001/02/12, [www.law.cornell.edu/copyright/cases/239\\_F3d\\_1004.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm)

<sup>16</sup> Ver: Revista Rolling Stones, Agosto de 2007, pag. 14.

Napster, mp3.com, Scour y Audiogalaxy, los diseñadores de software crearon un monstruo mucho más elusivo: los *peer to peer* (P2P), un simple programa que sólo oficia de nexo entre las computadoras de usuarios de todo el mundo, que comparten los archivos guardados en su disco rígido y bajan los que quieran.

El sistema *peer-to-peer file sharing* (P2P) resulta ser una creación tecnológica que permite compartir e intercambiar todo tipo de archivos por medio de la red a través de la computadora. Es decir, se trata de una red informática entre iguales. 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<sup>17</sup> tienen en su disco rígido el archivo buscado y luego 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 de que todos los usuarios deben compartir. Dicha filosofía es conocida como "*filosofía P2P*" y es aplicada en algunas redes en forma de un sistema enteramente meritocrático en 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.

Técnicamente, la red P2P en su estado más puro funciona en tres etapas<sup>18</sup>:

---

<sup>17</sup> Los más populares son Ares, Bit Torrent, Emule, Kazaa, Bearshare, eDonkey, Direct Connect, WinMx y Soulseek.

<sup>18</sup> En Internet < <http://www.alegsa.com.ar> >, sitio consultado el 10 de octubre de 2007.

1. Entrada: Un nuevo nodo se conecta a otro de la red. Un nodo cualquiera puede conectarse a múltiples nodos como así también recibir nuevas conexiones formando una malla aleatoria no estructurada.

2. Búsquedas: Para buscar archivos, un nodo envía un mensaje a los nodos con los cuales está conectado. Estos nodos buscan si los archivos están disponibles de forma local y reenvían el mensaje de búsqueda a los nodos a los que ellos están conectados. Si un nodo posee el archivo, inmediatamente contesta al nodo original que lo solicitó. Este es un método de difusión del mensajes llamado inundación de red.

3. Descarga: La descarga de archivos se hace directamente desde los nodos que contestaron. Si son múltiples nodos, suele partirse el archivo en diferentes trozos y cada nodo envía uno de estos, aumentando la velocidad total de descarga.

La Asociación de la Industria Discográfica estadounidense (RIAA), manifiesta reiteradamente que el intercambio ilegal de ficheros ha tenido un impacto adverso sobre las ventas de CD. La industria musical ha culpado a las descargas en Internet a través de servicios como Napster o Kazaa del prolongado descenso de las ventas de música, pero un estudio sobre los efectos de las descargas de música en Internet realizado por las Universidades de Harvard y Carolina del Norte<sup>19</sup> llegó a la conclusión que las ventas no se ven afectadas de la manera que afirman las compañías discográficas. Incluso para aquellas canciones con un alto nivel de descargas el efecto sobre las ventas es "estadísticamente cero", afirma el informe.

Para realizar este estudio, los investigadores de estos centros universitarios realizaron durante 17 semanas en el año 2002 un seguimiento de las descargas

---

<sup>19</sup> En Internet <<http://www.los40.com>>, sitio consultado el 30 de abril de 2006.

de música en Internet, e intentaron establecer una relación con las cifras de venta de las canciones más descargadas. Concluyendo que el intercambio de ficheros musicales tiene únicamente un efecto limitado en la venta de discos, afirma el estudio, que la mayoría de los usuarios son personas que no habrían comprado el álbum aunque no existiese el intercambio de archivos en Internet.

En total, el estudio contempló 1,75 millones de descargas, centrándose en las que se producían en el territorio de los Estados Unidos. Para el análisis de sus efectos se ha utilizado un complejo sistema de medición para comparar las canciones descargadas con los álbumes en que se incluyen, y observar al mismo tiempo su relación con las ventas.

Si bien el ataque que reciben las redes P2P puede adjudicarse a la posibilidad que brindan de intercambiar archivos musicales, el uso de las mismas resulta imposible de controlar y su constante crecimiento obliga a considerarlo como una forma moderna de distribución de contenidos tanto de forma legal como ilegal.

Así, el Observatorio de Tecnologías de la Unión Europea (EITO) considera que será inminente el comienzo de la legalización de las redes P2P. Según el mencionado observatorio, el número de ficheros intercambiados por este sistema pasará de 1.300 millones en 2002 a 110.000 millones en 2010, y a más largo plazo, en diez o veinte años, se llegará a una incorporación masiva del sistema de compartir ficheros en el proceso diario de comunicación. Los datos del estudio señalan que en los países más grandes de la Unión Europea, entre un 15 y un 34 por ciento de los usuarios que disponen de una conexión de banda ancha a Internet, usan al menos una aplicación P2P.

Estos programas funcionan en la actualidad sobre la base de un estatus legal ampliamente indefinido, a pesar de lo cual el fenómeno P2P está ganando cada vez más terreno y a finales de 2004 ya suponía el 60 por ciento del tráfico de Internet. Además, se espera que el mercado *online* de contenidos se duplique en los próximos cuatro años, de casi 1.000 millones de euros en 2006 a 2.200 millones en 2009<sup>20</sup>.

A juicio del Observatorio, los programas P2P tienen el potencial de crear nuevas oportunidades de negocio para la producción y el contenido, pero sólo si todas las partes interesadas desarrollan una visión común sobre el hecho de compartir ficheros y si se ponen a punto las condiciones legales y técnicas necesarias. De ahí que con la gradual clarificación del estatus legal de los P2P y la obligación de respetar los derechos de autor, se estén comenzando a desarrollar nuevos modelos, con tarifa plana de suscripción, publicidad o súper distribución. Como ejemplo, si se consigue ese formato legal y aceptado por todos, los servicios legales de P2P en lo que se refiere a descargas de música podrían representar 300 millones de euros para 2010, casi un tercio del mercado total por Internet.

Además, el informe del Observatorio de tecnologías de la Unión Europea señala que los operadores de telecomunicaciones podrían generar nuevos canales de ingresos al ampliar el uso normal de la banda ancha. El informe considera igualmente que los servicios legales de P2P podrían tener un efecto de palanca sobre nuevos productos para la industria de la Unión Europea y al mismo

---

<sup>20</sup> En Internet <<http://www.libertaddigital.com/php3/noticia.php3?cpn=1276272922>>, sitio consultado el 29 de octubre de 2007.



tiempo la industria de contenidos podría beneficiarse de una mejor circulación y distribución<sup>21</sup>.

El enfrentamiento que en algún momento tuvieron las discográficas con Napster con el fin de erradicarlo en lugar de intentar conciliar los intereses y sacar un provecho de los beneficios obtenidos se repite actualmente con las redes P2P. En su intento por desarticularlas, las discográficas ignoran que la descarga de música se ha convertido en una práctica masiva facilitada por el acceso a Internet, por lo que los usuarios buscarán la manera de seguir satisfaciendo sus intereses, mutando los medios hasta encontrar el más beneficioso. 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<sup>22</sup>, mediante un sencillo y accesible sistema de alojamiento. Dichas páginas, aclaran que *“cualquier persona con un disco original tiene derecho a realizar una copia de seguridad del mismo para uso personal, en ningún caso infringes la ley si te haces una copia de seguridad de tu software original. Esta página sólo facilita dichas copias de seguridad. Ayudar al usuario no es delito”*<sup>23</sup>.

Actualmente, la industria discográfica responsabiliza a la piratería en general y concretamente, a la descarga de música a través de Internet por la crisis que vive el sector.

La razón por la cual resultan ser las compañías discográficas quienes encabezan las campañas en contra de la descarga de música por Internet y no los propios artistas se explica porque si bien han descendido las ventas de discos compactos

---

<sup>21</sup> En Internet <<http://www.libertaddigital.com/php3/noticia.php3?cpn=1276272922>>, sitio consultado el 29 de octubre de 2007.

<sup>22</sup> Los más usados son Rapidshare, Gigasize, Megaupload, y Badongo.

<sup>23</sup> En Internet <<http://www.vgroup.com.ar>>, sitio consultado el 10 de octubre de 2007.

en los últimos años, los músicos obtienen una comisión que normalmente no supera el 10% del precio del CD.

Para combatir el incipiente avance de las descargas por Internet, las industrias utilizan diferentes medios para detener esa distribución incontrolable. Una de las herramientas utilizadas ha sido la reducción de precios de los ejemplares originales, junto a campañas de concientización y educación. También se han iniciado acciones judiciales contra sitios de Internet y usuarios particulares; por último, se ha intentado combatir mediante medios informáticos que intentan persuadir al usuario introduciéndose en la propia red donde se comparten los archivos. No obstante, reconociendo la imposibilidad de aniquilar la descarga de música, las discográficas se han adaptado a Internet, implementando medidas tecnológicas para la explotación por medio de descargas pagas.

En algunos estados europeos las iniciativas destinadas a detener el crecimiento exponencial de intercambio ilegal de bits se basan en la utilización de diferentes mecanismos, entre los que se destacan la *Data Retention Directive*<sup>24</sup> –una norma que apunta a registrar policialmente el origen y destino de todo mensaje que circula por Internet– y varios refuerzos a las leyes de propiedad intelectual. En el mismo sentido van las distintas innovaciones de *Digital Resource Management*<sup>25</sup> (DRM) que están surgiendo todos los meses. Las DRM son tecnologías preparadas para transmitir al “dueño” de la propiedad intelectual el tipo de uso que se está haciendo de sus “bienes”: es decir, identifican al que está cargando, descargando, mirando o reproduciendo una película, disco, etc.

---

<sup>24</sup> En Internet <[http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2006/l\\_105](http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2006/l_105)>, sitio consultado el 10 de mayo de 2006.

<sup>25</sup> En Internet <<http://www.jurgi.wordpress.com/tag/digital-resources-management>>, sitio consultado el 21 de mayo de 2007.

Por su parte, en Estados Unidos, la política llevada a cabo por los defensores de los derechos de autor se centra fundamentalmente en demandar a usuarios particulares y difundir sus acciones con el fin de disuadir a los usuarios de Internet de descargar archivos musicales. A dicha estrategia se le han sumado otras acciones como la de demandar a empresas que producen programas para intercambio de información y no a los usuarios, medida que perjudica a los que comparten archivos en forma legal.

Desde que la RIAA comenzó a demandar a quienes descargaban música de Internet, la justicia de Estados Unidos ha considerado en varios casos que quienes distribuyen programas de Internet que permiten intercambiar archivos de música pueden ser demandados por violar los derechos de autor, independientemente de que esas mismas redes se puedan usar además para compartir archivos legales.

En un artículo publicado en el periódico Página 12<sup>26</sup>, Gabriel Salcedo, Director Ejecutivo de CAPIF, que agrupa multinacionales y sellos independientes de la industria discográfica, manifestó que *“un antecedente como éste marca un rumbo claro en la jurisprudencia mundial. Es esperable que se inicie una catarata de juicios para que estos servidores no se puedan utilizar para buscar determinada canción o películas de la firma que inició la demanda”*.

La reacción de los defensores del software libre no se hizo esperar: según el artículo citado, Beatriz Busaniche de la Fundación Vía Libre opinó que *“no se puede penalizar el uso de una herramienta porque alguien la use ilegalmente*.

---

<sup>26</sup> En Internet <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53007.html>>, sitio consultado el 21 de marzo de 2007.

*Yo no puedo demandar a la Ford porque un montón de automovilistas con autos de esa marca pasan semáforos en rojo. La red está hecha para compartir. Las P2P son comunicación entre máquinas privadas: que yo deje que alguien tome algo de la mía es mi problema". Señaló además que "No se puede prohibir el desarrollo de programas que pueden ser usados legalmente. Por ejemplo, puedo escribir música y divulgarla a través de una red P2P. El Himno Nacional está en el dominio público. Si alguien lo baja, no está cometiendo ningún ilícito. Hay muchos usos legales de redes P2P"*<sup>27</sup>.

También opinó Matías Pagouapé, consultor de seguridad informática de Cybsec Security System, para quien *"los que podrían violar los derechos de autor serían los usuarios, no los que desarrollan la tecnología. Pero atacan a la tecnología porque llegar a los usuarios es una tarea titánica"*<sup>28</sup>.

Por último, la abogada Delia Lipszyc, profesora de Derecho de Autor y Derechos Conexos, recibió gratamente el dictamen, señalando que el software cuestionado puede *"terminar devastando la creatividad cultural"* del mismo modo que *"se devasta el planeta con la contaminación"*. Las redes P2P *"han permitido una difusión de las obras artísticas como nunca en la historia, pero a la vez tienen una capacidad de daño al derecho de autor como nunca antes. Es como si alguien entrara a una librería y se llevara los libros sin pagar. Pero la gente tiene más escrúpulos con los objetos tangibles que con los intangibles. Si se afecta el derecho de autor, si las discográficas o las productoras de cine no tienen incentivos, no van a invertir en el autor. Sin industria no se difunde la*

---

<sup>27</sup> En Internet <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53007.html>>, sitio consultado el 21 de marzo de 2007.

<sup>28</sup> En Internet <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53007.html>>, sitio consultado el 21 de marzo de 2007.

*creación. Los recursos naturales no son infinitos. La creatividad también se puede devastar*<sup>29</sup>.

El caso comentado se remonta a octubre de 2001, cuando 28 compañías lideradas por la Metro Goldwyn Mayer (MGM) denunciaron a Streamcast Networks<sup>30</sup>, responsable del software para las redes Gorkster y Morpheus, por considerar que se estaba beneficiando a costa de las copias piratas que se distribuían a través de las redes de intercambio de archivos. La decisión judicial revierte una serie de fallos de instancias inferiores: un tribunal federal de San Francisco rechazó los cargos contra Gorkster y Morpheus al comparar a las redes P2P con las fotocopiadoras. Indicó en ese sentido que pueden ser usadas para duplicar material con derechos de autor o para sacar copias de documentos personales, por esa razón la responsabilidad recaería en el usuario y no en el fabricante de máquinas fotocopiadoras<sup>31</sup>. Para ese fallo el tribunal de San Francisco se basó en una resolución de 1984 de la misma Corte Suprema de Estados Unidos, cuando se expidió en una demanda iniciada por los estudios Universal contra Sony, a la que responsabilizaban 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 puede prohibir el desarrollo de una tecnología cuando existen usos legítimos para la misma y no pueden considerarse culpable a una empresa por el uso ilegal que los usuarios le den a su tecnología* <sup>32</sup>”.

---

<sup>29</sup> En Internet <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53007.html>>, sitio consultado el 21 de marzo de 2007.

<sup>30</sup> “Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., et al. Plaintiffs, v. Grokster, Ltd, et al. Defendants”, United Status District Court Central District of California, Case No. CV 01-08541-SVW (PJWx)-CV 01-09923-SVW (PJWx), En Internet <<http://www.cacd.uscourts.gov>>, sitio consultado el 21 de octubre de 2007.

<sup>31</sup> Citado por Mariana Carvajal en “Fallo de la Corte de la corte de EE.UU. contra la copia de musica y films. La tecnología, con parche de pirata. En Internet <<http://www.cultura.gov.ar/sinca/sic/hemeroteca/nota>>, publicado el 28/06/05, sitio consultado el 1 de mayo de 2006.

<sup>32</sup> Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 , 1984. En Internet <[http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464\\_US\\_417.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm)>, sitio consultado el 1 de octubre de 2007.

A diferencia de lo ocurrido en 1984, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró esta vez 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 habilita a demandar a quienes producen esos programas, lo que podría derivar en el bloqueo de esas redes, con el consiguiente perjuicio para los usuarios. Del voto del juez David Souter se desprende la idea de que si alguien que distribuye un producto con el objetivo de promover su uso para infringir el copyright puede ser responsabilizado de lo que hagan tercera partes con ese producto. El fallo fue considerado como un claro triunfo para la industria musical a la altura de la batalla que fuera librada contra Napster.

Más allá de las demandas iniciadas, las discográficas intentan por todos los medios posibles disuadir a los usuarios de descargar material de Internet. Una de las operatorias mayormente utilizada en Europa es conocida como *OverPeer*<sup>33</sup>. La empresa Loudeye ha creado una sección que se dedica a inundar las redes P2P con ficheros falsos, el llamado "*file spoofing*", destinado a producir frustración en los usuarios de P2P. La técnica consiste en colocar un nombre asociado a contenidos atractivos, pero luego lo descargado no se corresponde con lo anunciado. Actualmente, la información existente al respecto señala que dichas empresas debieron cerrar la división que se encargaba de dicha tarea por pérdidas económicas.

También puede señalarse *CoPeerRight*<sup>34</sup>, una empresa francesa que empezó a actuar en España a finales del año 2006. La industria audiovisual la contrató

---

<sup>33</sup> En Internet <<http://www.arstechnica.com>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

<sup>34</sup> En Internet <<http://www.co-peer-right-agency.com>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

para que monitorice si hay gente descargando determinadas películas y discos. Cuando localiza a estos internautas, les envía un mensaje, a través del sistema de mensajería de su programa P2P, que reciben en tiempo real, mientras están descargando el archivo. El mensaje les amenaza con llevarlos a los tribunales pero, de momento, sólo es una amenaza. La ley española no es muy clara al respecto, no ha habido aún ningún usuario denunciado, ni ningún juez se ha pronunciado para sentar jurisprudencia.

Pero la guerra para criminalizar el intercambio de ficheros no se queda en España ni en Europa, en Estados Unidos se encuentran en plena cruzada contra las redes de pares. Aunque lleven bastante tiempo con estrategias similares a Overpeer, parece que eso no ha sido suficiente y existen iniciativas legislativas para criminalizar el intercambio de ficheros que perseguiría todos los mecanismos para copia de contenidos que no contengan administración de derechos digitales.

Frente a la ola de demandas, los usuarios se las ingenian para seguir adelante con una práctica que a su criterio no debería ser penada. Así, la *Electronic Frontier Foundation*<sup>35</sup>, asociación sin fines de lucro, ha sido una de las más arduas defensoras que Internet no tenga ningún tipo de regulación pública. En su página en Internet expone una serie de recomendaciones para que las personas no sean demandadas por la RIAA, e incluso creó una base de datos con un programa que permite al usuario por nombre o por dirección IP<sup>36</sup>, saber si la RIAA ha solicitado ante una corte la citación de una persona por compartir música.

---

<sup>35</sup> EFF, En Internet <<http://www.eff.org>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

<sup>36</sup> El IP es un número que identifica a la computadora no pudiendo existir otro idéntico. Ello permite que el proveedor del servicio local de Internet pueda identificar que abonado se conecta con ese nº en determinado momento e incluso desde que línea telefónica en caso de ser una conexión dial up.

Una característica de Internet que cobra mayor interés en el tema de este trabajo es la expansión de la red que no reconoce fronteras ni países delimitados por la geografía. Cualquier manifestación efectuada por la red trasciende a todos los países del mundo y ello dificulta regular eficazmente cuestiones como las aquí planteadas.

El intento de normas coordinadas por varios países para llevar una política común puede ser sorteado con un poco de astucia. Resulta interesante señalar lo que propone un grupo de personas a través de un sitio de Internet<sup>37</sup> que ofrece enlaces a descargas de programas P2P y considera que si comprasen un país se evitarían los problemas legales. Para ello, tienen en mira Sealand, una plataforma marina de hormigón sobre dos pilares en el Mar del Norte. Forma parte de un fortín de la Segunda Guerra Mundial perteneciente al condado de Essex en Inglaterra, el cual emite sus propios pasaportes y sellos de correos, y acuña su propia moneda. Actualmente se encuentra a la venta desde hace un tiempo por el "príncipe" Michael de Sealand. Los responsables de *Pirate Bay* han creado una página Web para recaudar fondos y comprar el "micropaís", cuyo precio podría rondar los 750 millones de euros. Quieren convertir Sealand "en un gran sitio para todos, con acceso a Internet de alta velocidad, sin leyes de derechos de autor y con cuentas VIP en Pirate Bay"<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> En Internet <<http://www.thepiratebay.org>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.

<sup>38</sup> En Internet <<http://www.20minutos.es/noticia/191106/0/torrent/p2p/sealand>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.



### **III. Protección de los Derechos de Autor. Encuadre legal de la figura de descarga de archivos musicales. Jurisprudencia.**

Dentro de los llamados derechos intelectuales se encuentran los derechos de autor que protegen, entre otras, las obras musicales. Estos derechos son de contenido patrimonial: otorgan al autor la propiedad intelectual sobre su obra artística, científica o literaria, y posibilitan que el autor sea retribuido económicamente por quienes se sirvan de su obra. Asimismo, presentan un contenido personal: se trata del "derecho moral" del autor, que se relaciona con aspectos de tipo personal, tales como la paternidad sobre la obra, la integridad, etc.

El Derecho de Autor en la actualidad se encuentra plenamente reconocido en diversos tratados internacionales así como en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Entre los Tratados internacionales más importantes al respecto pueden señalarse el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>39</sup>; la Convención de Roma sobre la Protección de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión<sup>40</sup>; el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas<sup>41</sup>; el Tratado de la OMPI sobre derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Ratificado por la Argentina por ley 25.140, establece para el autor el derecho de propiedad intelectual de las obras literarias y artísticas, mencionando expresamente entre ellas a las composiciones musicales con o sin letra.

<sup>40</sup> Aprobada por la República Argentina por Ley 23.921 (59), ratifica para los artistas el derecho de propiedad intelectual y el derecho exclusivo a autorizar la reproducción.

<sup>41</sup> Ratificado por la Argentina por ley 19.963, establece en su artículo 2 establece la obligación de los estados firmantes de proteger a los productores de fonogramas contra la producción de copias sin el consentimiento del productor.

<sup>42</sup> Conocidos como "Tratados de Internet" fueron aprobados por la República Argentina por ley 25.140 y establecen normas básicas de protección para el derecho de autor y los derechos en Internet. Además, indican que la legislación local debe impedir el acceso y el uso no autorizado de obras de creación que se ve facilitado por el uso de Internet.

La mayoría de las regulaciones vigentes brindan protección a las obras científicas, literarias y artísticas, estableciendo expresamente que la protección existe frente a cualquier procedimiento de reproducción. Así, se adopta el concepto amplio de reproducción, que coincide con el concepto que adoptan los diferentes Convenios Internacionales a partir del Convenio de Berna. Dicho Convenio dispone en su art. 9.1): *“Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”*.

Horacio Fernández Delpech<sup>43</sup> sostiene que la protección tradicional de las obras intelectuales que elaboraron las legislaciones durante muchos años fue creada para proteger a la obra escrita en formato papel, y actualmente se ve en crisis frente a las innovaciones tecnológicas, pues se ha sumado la red Internet a la esfera relacionada con la transmisión de las obras protegidas por los derechos de autor. La intangibilidad de la obra en formato digital, y su fácil y rápida circulación por la red no sólo dificulta el control de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas, sino que exige además una adecuación y una correcta interpretación de los principios de la protección en las diferentes normativas, acorde con esta nueva herramienta.

#### **a) Argentina:**

#### **Ley 11.723.**

---

<sup>43</sup> FERNANDEZ DELPECH, H. , *“Internet: su problemática jurídica”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pág. 231.

La protección de las obras artísticas en Argentina se encuentra regulada básicamente en la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723. En su **art. 1** la ley define el alcance que se debe dar a las obras científicas, literarias y artísticas: *“...las composiciones musicales, dramático – musicales y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción...”*.

Asimismo, el **art. 2** establece que *“[e]l derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”*. Pese a lo taxativa que resulta ser la formulación de la norma, algunos autores<sup>44</sup> consideran que la misma dejó abierta para el futuro cualquier forma nueva de reproducción que para la fecha de su sanción hubiera resultado desconocida. Así interpretado, implica ir mas allá de lo que la ley realmente dispone.

En cuanto al alcance del derecho, el **artículo 36** dispone: *“[l]os autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar: a) la recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras; b) la difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras”*.

Por otra parte, la ley prevé tipos penales especiales de defraudación y dispone sanciones específicas en su **art. 72** al establecer: *“[s]in perjuicio de la disposición general del artículo precedente se considerarán casos especiales de*

---

<sup>44</sup> AGUIRRE, M., “Tutela civil del derecho de autoría musical en Internet”, DJ Doctrina, 2006-3.

*defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes; b) El que falsifique obras intelectuales entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto; c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.*

Respecto de la protección del fonograma, como corolario de la ratificación por ley 19.963 del Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de su Fonogramas de Ginebra 1971, se dictó en nuestro país la ley 23.741 en el año 1989, que incorporó a la ley 11.723 el **artículo 72 bis**, destinado a la protección de los productores de fonogramas y a la obra musical incluida en ellos. Así se tipifica una figura penal que exige que la conducta sea realizada “con fin de lucro”. El artículo 72 bis. establece: “[s]erá reprimido con prisión de un mes a seis años: a) El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor; b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales; c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio; d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo; e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público...”.

Los archivos MP3 que contienen una obra musical constituyen lo que técnicamente se denomina un "fonograma". Según la definición del Glosario OMPI y el art. 3.b) de la Convención de Roma<sup>45</sup> sobre la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, "fonograma" es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos. No importa dónde se realice la fijación, siendo suficiente que la misma se realice sobre algún soporte.

Por todo ello, 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 11.723 como delito penal (art. 72). 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.

En ese sentido, CAPIF considera que descargar música de sistemas peer-to-peer como el Kazaa es ilegal por una razón muy simple: las personas que ponen a circular música en la red no tienen los derechos sobre las obras que están distribuyendo. Es decir, publican archivos de música no autorizados para su distribución digital ni por los autores y/o compositores, ni por los productores discográficos.

Debe señalarse que este tipo de ilícitos posee ciertas particularidades que, en base a la "intangibilidad" del bien jurídico tutelado, se potencian aún más frente a las nuevas tecnologías. Esta intangibilidad dificulta muchas veces la materialidad del hecho punible, por lo que no debe perderse de vista que en esta

---

<sup>45</sup> Firmada en Roma el 26/10/1961 y aprobada por Argentina por Ley 23.921 (B.O., 24-IV-1991)

materia se dan ciertas características ausentes en otro tipo de delitos, tales como "la comisión pacífica de la infracción"; "la desconexión entre la voluntad del trasgresor y la del autor"; "la incorporabilidad del bien tutelado"; "la inexistencia de apoderamiento o traslación" y "la prescindibilidad de perjuicio patrimonial". Estas características propias de este tipo de delitos deben ser consideradas al momento de aplicar los tipos penales en el ámbito de Internet<sup>46</sup>.

En el año 2006 las compañías discográficas y la Asociación de Representantes de la Industria Argentina de la Música (CAPIF), iniciaron una campaña mediática tendiente a disuadir a quienes descargan música de Internet, que hace hincapié en las demandas iniciadas contra usuarios de programas P2P e indica las abultadas multas que los padres deben pagar por el "delito" cometido por sus hijos, pero no brinda información sobre las causas penales iniciadas. El motivo de ello es que ninguna de ellas prospera ya que los autores de los supuestos delitos son incitados a llegar a acuerdos extrajudiciales. Así, los infractores argentinos debieron pagar un promedio de 4.000 pesos en concepto de indemnizaciones, siendo la más alta de 15.000 pesos<sup>47</sup>.

En este sentido, CAPIF, entidad que representa a la industria argentina de la música integrada por compañías discográficas multinacionales e independientes, reconoce que las demandas "*tienen como objetivo desalentar y penalizar el uso de programas peer to peer o P2P para compartir archivos protegidos por propiedad intelectual, que los usuarios comprendan que distribuir una obra musical sin permiso de los autores, compositores o los*

---

<sup>46</sup> VIBES, Federico P. – ALESINA, Juan Carlos, "El caso "Napster" ¿Un fallo paradigmático?", LA LEY, 2.001-D, 165.

<sup>47</sup> CAPIF, En Internet <<http://www.capif.org.ar>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.

*productores discográficos constituye un delito y, a su vez, concientizar sobre el daño que genera la piratería de música en Internet”<sup>48</sup>.*

Es así que en la jurisprudencia argentina existen muy pocos fallos sobre el conflicto que se suscita en materia de derechos intelectuales a partir del uso masivo de Internet, los pocos que pueden citarse no resuelven respecto al tema principal de este trabajo, pero resultan interesantes a fin de analizar como se van a ir perfilando nuestros tribunales frente a las demandas por la descarga de música por Internet.

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<sup>49</sup>, 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 surge de la causa, *“...se atribuye al imputado haber facilitado, con fin de lucro, la reproducción de obras musicales y juegos de software protegidos por las leyes de propiedad intelectual nros. 11.723 y 25.036, sin autorización de sus autores y/o derecho habientes, al ofrecer al público el acceso a las computadoras conectadas a Internet instaladas en su local, denominado “Downloadcenter”, desde las cuales los clientes podían bajar de la red informática las citadas obras intelectuales, abonando a cambio de ello una suma de dinero por el uso de las máquinas<sup>50</sup>”.*

---

<sup>48</sup> Nota de prensa enviada a los medios de comunicación por Capif el 17/20/06, En Internet: <http://www.capif.org.ar> sitio consultado el 8 de mayo de 2007.

<sup>49</sup> “Medina, Miguel Ángel s/procesamiento y embargo”, instrucción 6/118, Sala I, Causa Nro. 27.721, Diario Judicial, 03/11/06.

<sup>50</sup> “Medina, Miguel Ángel s/procesamiento y embargo”, fallo cit.

Resulta interesante señalar parte del voto del Dr. Gustavo A. Bruzzone, quien sostiene: “...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**<sup>51</sup>”.

Las discográficas, representadas por la Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas (Apdif), presentaron la apelación contra el fallo de la Sala Uno de la Cámara del Crimen y el 11 de mayo de 2007, la Cámara Nacional de Casación Penal haciendo lugar al recurso impugnó la resolución liberatoria por considerar que “no resulta posible, por el momento, descartar que el imputado haya facilitado, con ánimo de lucro el soporte informático necesario, para descargar y grabar obras musicales, conducta que podría encuadrar en el art. 72 inc b) de la Ley 11.723”<sup>52</sup>.

## **b) España.**

Desde hace varios años existe en España una actividad importante por parte de las compañías discográficas tendientes a combatir la descarga de música por Internet. En ese sentido, han logrado que bajo el lema “*Ahora la ley actúa*” los Ministerios de Justicia y Cultura, patrocinando a la Federación Antipiratería

---

<sup>51</sup> “Medina, Miguel Ángel s/procesamiento y embargo”, instrucción 6/118, Sala I, Causa Nro. 27.721, Diario Judicial, 03/11/06

<sup>52</sup> “Medina, Miguel s/recurso de casación”, CNCP, Sala II, C. 7012, Reg. 9971.



(FAP) desplieguen, durante el año 2004, una gran campaña publicitaria que informaba: *"La difusión de contenidos ilegales en Internet es un delito castigado incluso con la cárcel"*.

La campaña vino a cuenta de la entrada en vigor de la reforma del código penal español a partir de octubre de 2004 (ley orgánica 15/2003). Dicha norma establece en el nuevo art. 270 apartado 2 que "será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización. Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador". Asimismo, se dispone que los delitos contra la propiedad intelectual pasaran a ser perseguibles de oficio por jueces y fiscales (no como hasta ahora, que necesitaban la denuncia del damnificado)<sup>53</sup>.

El punto más importante de la reforma radica en la exigencia del art. 270 al hacer expresa mención a la necesidad de existencia de ánimo de lucro. Dicha exigencia es entendida en España como la necesidad de obtener un beneficio, un

---

<sup>53</sup> En Internet <<http://www.error500.net/node/903>>, sitio consultado el 19 de agosto de 2007.

plus. Así lo entiende el Tribunal Supremo y la jurisprudencia española al sostener que el concepto de ánimo de lucro es relativo al sujeto que realiza el acto, que ha de tener intención de beneficiarse económicamente, lo cual no se configura con la conducta del que descarga un tema musical para escucharlo<sup>54</sup>.

Igualmente, existe una postura minoritaria que sostiene que *“el ánimo de lucro y el ánimo de ahorro son exactamente lo mismo (...). Si algo que en una tienda cuesta 300 euros, no te cuesta nada, obtienes una ventaja. El trueque es una forma de comercio. En el modelo de e-Mule y e-Donkey se ve claramente: el primer fragmento de la obra que me bajo está automáticamente disponible para los demás. Se trata de un trueque simultáneo e inevitable”*<sup>55</sup>. En igual sentido Pedro Farré, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Antonio de Lebrija, manifestó que *“no sólo se trata de que haya una ganancia económica directa, la mera obtención de una ventaja ya es ánimo de lucro”* y el abogado Xabier Ribas señaló que *“ánimo de lucro es el simple ahorro que supone no tener que adquirir la obra, causando perjuicio al titular de los derechos”*<sup>56</sup>. Resulta un tanto controvertido sostener una postura que considere al ahorro como una manifestación del ánimo de lucro. En la mayoría de los delitos contra la propiedad, se entiende que la existencia de ese ánimo de lucro sirve para indicar la exigencia de una intencionalidad en hacer el acto ilícito con el fin egoísta de enriquecer su patrimonio a costa del de su víctima.

En España se ha llevado a juicio a varias personas por intercambiar archivos de música a través de redes P2P y se resolvió la absolución de los mismos en todos los casos. En uno de ellos, la Asociación Fonográfica y Videográfica Española

---

<sup>54</sup> MANENT, M., “¿Es un delito descargarse música por Internet?”, En Internet <<http://www.222.derecho.com>>, sitio consultado el 19 de agosto de 2007.

<sup>55</sup> En Internet <<http://www.los40.com>>, sitio consultado el 20 de agosto de 2006.

<sup>56</sup> En Internet <<http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2004/0904>>, sitio consultado el 1 de abril de 2008.

(AFYVE) y la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE) pidieron una pena de tres años de cárcel y una multa de 15 euros diarios durante 16 meses. Sin embargo, el acusado solicitó su absolución porque el intercambio de archivos no está penado en España. Según la sentencia de la jueza de Paz Aldecoa Álvarez-Santullano de la ciudad de Santander<sup>57</sup>, el internauta no ha incurrido en delito alguno ya que la música que descargaba era utilizada para uso personal y para el intercambio de archivos con otros usuarios de las redes pero sin ningún ánimo de lucro.

Además, señala que *"entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado. Todo ello lleva a la conclusión de que en este caso no se ha producido una infracción merecedora de sanción pena<sup>58</sup>"*.

Respecto al ánimo de lucro, la Fiscalía General de España recogía en una circular emitida durante el mes de mayo de 2006 el hecho que el intercambio de ficheros mediante redes P2P no es delito siempre y cuando no se realice con ánimo de lucro. Indicaba así, que *"... hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas tales como las de "colocar en la Red o bajar de Internet o las de intercambio de archivos a través del sistema "P2P", sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio,*

---

<sup>57</sup> Causa 1554, JP N° 3 (Santander), S 14, Jul. 2006. En Internet <<http://www.deley.wordpress.com>>, sitio consultado el 9 de octubre de 2006.

<sup>58</sup> Causa 1554, JP N° 3 (Santander), S 14, Jul. 2006. En Internet <<http://www.deley.wordpress.com>>, sitio consultado el 9 de octubre de 2006.

*los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial..."*<sup>59</sup>.

La discusión en España puede resumirse en dos posturas: por un lado, algunos consideran que este intercambio de archivos no es legal por la puesta a disposición interactiva, no consentida, realizada por el programa al "subir" fragmentos de los archivos que se están descargando a otros usuarios y consideran que esto es un uso colectivo (no privado) aunque no se ejecute la obra. Asimismo, desde esta perspectiva, también se cuestiona la legalidad de las descargas por el lucro cesante del editor, quien pierde los ingresos por la copia que podría haber vendido si el usuario no hubiese realizado la copia privada en primer término. Por el otro lado se encuentran quienes afirman que es legal descargar archivos audiovisuales dentro del marco de la legislación actual, aunque estén sujetos a derechos de autor, con fundamento en el derecho de copia privada y siempre que no haya ánimo de lucro.

### **c) Estados Unidos:**

En Estados Unidos la preocupación por la protección de la propiedad intelectual tuvo una reacción contundente: a partir de la década de los ´90 se sancionaron normas tendientes a la preservación del Derecho de Autor. La explicación de semejante respuesta puede encontrarse en las estadísticas sobre participación de estas industrias en el Producto Bruto Interno y en la exportación de bienes

---

<sup>59</sup> Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003 (5 de mayo 2006), citado por MERITXELL ROCA, S. en "*Derecho de propiedad intelectual e Internet en España. Materiales para un debate informado*", En Internet <<http://www.portal.uoc.edu/west/media/F-1469-1495.pdf>>, sitio consultado el 2 de agosto de 2007.

ligados al Derecho de Autor (en 1996, por ejemplo, las exportaciones por ventas de obras audiovisuales, discográficas, software y publicaciones, llegaron a los 60.000 millones de dólares).

La respuesta legislativa que dió Estados Unidos a este flagelo de las infracciones digitales fue múltiple. La primera de las leyes federales que reguló este tipo de infracciones fue la *Anti-counterfeiting Consumer Protection Act*<sup>60</sup> (Ley Anti-falsificación de Protección al Consumidor) de 1996, que estableció sanciones criminales contra aquellos que trafiquen copias de programas de computación y/o documentación referida a programas de computación (por ej. licencias falsas) y/o packaging y/o etiquetas falsas de fonogramas y/o copias de obras cinematográficas u otro tipo de obras audiovisuales.

Luego, se dictó la *No Electronic Theft Act*<sup>61</sup> (Ley Anti-robo Electrónico) de 1997, que castiga con prisión de hasta 10 años a quienes: (i) reproduzcan o distribuyan electrónicamente y de manera ilegal una o más copias de una obra protegida por el Derecho de Autor, durante un período de 180 días y por un valor superior a mil dólares; y (ii) realice estos actos dolosamente y con ánimo de lucro.

Finalmente, la tercera norma sancionada con ánimo de brindar mayor protección a los titulares de derechos de autor es la *Digital Millenium Copyright Act*<sup>62</sup> (Ley del Derecho de Autor en el Milenio Digital, conocida por sus siglas "DMCA") de 1.998, cuyos tres principales objetivos son: (a) prohibir la

---

<sup>60</sup> Public Law 104–153 104th Congreso, JULY 2, 1996. En Internet <<http://frwebgate.access.gpo.gov>>, sitio consultado el 28 de agosto de 2007.

<sup>61</sup> No Electronic Theft (net) act, Public law 105–147–DEC. 16, 1997, 105th Congress. En Internet <<http://www.judiciary.senate.gov/special/netact.pdf>>, sitio consultado el 8 de febrero de 2008.

<sup>62</sup> Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). En Internet <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>, sitio consultado el 8 de febrero de 2008.

elusión de medidas tecnológicas de protección (por ej. encriptación) aplicadas a obras artísticas para prevenir el acceso a la obra y/o la copia de dicha obra; (b) impedir la alteración de la información relativa a la gestión del derecho de autor incluida en la obra (por ej., el título, el nombre del autor, el nombre del titular, etc.); y (c) limitar la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) ante las eventuales infracciones de los usuarios suscriptos al servicio en cuestión. De sus tres objetivos principales, el primero (anti-elusión) y el tercero (responsabilidad de los ISPs), son los temas más radicales<sup>63</sup>.

A diferencia de otros países, en Estados Unidos son varios los casos que han llegado a la justicia<sup>64</sup>. Si bien en su mayoría se ha condenado a pagar multas a los usuarios de programas P2P, resulta importante señalar algunas decisiones judiciales que han sostenido que la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos) debe demostrar que los demandados compartieron realmente los archivos musicales. Esta exigencia es mayor que la que usualmente se requería, pues se exigía sólo demostrar que los archivos habían sido puestos a disposición para la transferencia directa. Asimismo, es importante resaltar que se cuestionó a la ley estadounidense porque al hacer referencia al derecho de los dueños del copyright como los únicos autorizados a distribuir las copias de sus trabajos, se hace referencia sólo a objetos físicos como casetes o CD<sup>65</sup>.

#### **d) Otros países:**

---

<sup>63</sup> VIBES, F., “La protección del derecho de autor en el ámbito digital (con especial referencia al intercambio de archivos musicales y audiovisuales en Internet)”, LA LEY, 09/08/2004, 1.

<sup>64</sup> BANGEMAN, E., “Judge: music labels have to prove sharing”. En Internet <<http://www.arstechnica.com/news.ars/post/20061222-8488.html>>, sitio consultado el 28 de agosto de 2007.

<sup>65</sup> “Elektra v. Barker”, United States District Court Southern District of New York, 05 Civ. 7340 (KMK). “Elektra v. Perez”, United States District Court Southern District of New York, 05 Civ. 2414 (CM)(MDF). y “UMG v. Lindor”, United States District Court Southern District of New York, Case No. 05 CV 1095 (DGT)(RML), entre otros. En Internet <<http://info.riaalawsuits.us/documents.htm>>, sitio consultado el 28 de octubre de 2007.

La necesidad de actualizar la protección de los derechos intelectuales frente al avance de las nuevas tecnologías, sobre todo de Internet, llevó a que en el año 2001 mediante la Directiva 2001/29/CE<sup>66</sup> se intente por parte de los países miembros de la Unión Europea armonizar algunos aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la llamada “sociedad de la información”.

Así, entre los considerandos de la Directiva mencionada, se indica que “[e]l desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación<sup>67</sup>”.

De acuerdo a los lineamientos de esta directiva, Alemania sancionó una normativa que castiga a quienes "bajan" música y otras obras artísticas de Internet<sup>68</sup>.

Por su parte, en Francia, el Parlamento ha reformado su ley de propiedad intelectual que regula, entre otros, las descargas de Internet. Así, la nueva ley establece multas de 38 euros por descargar ficheros para uso privado, multas de 150 euros para quienes pongan a disposición de otros esas obras mediante sistema de intercambio P2P (Peer to Peer), multas de hasta 750 euros a aquellos

---

<sup>66</sup> CONSLEG: 2001L0029 — 22/06/2001. En Internet <<http://www.belt.es/legislacion/vigente>>, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

<sup>67</sup> Considerandos de la Directiva 2001/29/CE, CONSLEG: 2001L0029 — 22/06/2001. En Internet <<http://www.belt.es/legislacion/vigente>>, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

<sup>68</sup> LANDER, M., "US is only the tip of pirated music iceberg". En Internet <<http://www.nytimes.com/2003/09/26/technology/26MUSI.html>>, publicado el 26/09/03, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

que tengan programas informáticos que permitan desactivar las protecciones de ficheros sometidos al pago de derechos de autor, condenas de hasta tres años de cárcel y multas de 300.000 euros a los que comercien con programas P2P<sup>69</sup>.

También ha reformado su normativa interna Inglaterra<sup>70</sup>, a fin de adecuarla a estos compromisos internacionales.

En lo que respecta a otros países no miembros de la Unión Europea, Corea incluyó en su ley sanciones criminales contra quienes cometan acciones de elusión de medidas tecnológicas de protección<sup>71</sup>. También se aprobó una norma en similar dirección en Australia, a través de la reciente reforma a la ley de Derecho de Autor de dicho país, conocida como la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act*<sup>72</sup>.

Respecto de las legislaciones latinoamericanas, puede señalarse la ley 17.336 de Propiedad Intelectual<sup>73</sup> en Chile, que en su artículo 18 confiere al titular del derecho de autor el derecho de autorizar su reproducción por cualquier procedimiento; sin embargo, en el capítulo referido a las excepciones del derecho de autor, la legislación establece (artículo 47) que no se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que ésta

---

<sup>69</sup> SINGH, A., "France takes steps to implement copyright harmonization directive", World Copyright Law Report del 05/04/2004. En Internet <<http://www.20minutos.es/noticia/137342/0/propiedad/intelectual/francia>>, publicado el 31/07/06, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

<sup>70</sup> BRAZELL, L., "Government finally implements copyright harmonization directive", World Copyright Law Report del 08/03/2004.

<sup>71</sup> MPA International Review, Issue No. 03-021, del 22/05/2003, p. 4.

<sup>72</sup> FERNANDEZ MOLINA, J. C., "Protección tecnológica y contractual de las obras con derecho de autor: ¿Hacia una privatización del acceso a la información?", Ci. Inf., Brasilia, v. 32, n. 2, mayo/agosto 2003, p. 54, [www.ibict.br/cionline/320203/3220306.pdf](http://www.ibict.br/cionline/320203/3220306.pdf).

<sup>73</sup> LEY-17336, publicada 02/10/1970, modificada por LEY-19928 del 31/01/2004. En Internet <<http://www.fsfla.org>>, publicado el 31/07/06, sitio consultado el 21 de julio de 2007.



utilización se efectúe sin ánimo de lucro. En estos casos no se requiere remunerar al autor, ni obtener su autorización.

La Ley sobre el Derecho de Autor del Perú<sup>74</sup> define en su art. 2 a la reproducción como *“fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella”*.

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador define también a la reproducción en el art. 7 expresando: *“[r]eproducción: Consiste en la fijación de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, y la obtención de copias de toda o parte de ella”*. Asimismo en su art. 21 repite casi con idénticos términos: *“[l]a reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella”<sup>75</sup>*.

En conclusión, no debe perderse de vista que la aparición de Internet y formatos como el MP3 están revolucionando la industria de la música y hacen necesaria la creación de nuevas soluciones para la producción, venta y distribución de la música, así como una legislación adecuada que contemple todas las nuevas tecnologías. Por su parte, las discográficas deben centrarse en adaptar su oferta a las nuevas necesidades de los clientes. Las prácticas actuales que sólo benefician a una parte de la cadena de valor de la industria han dejado de ser

---

<sup>74</sup> Decreto Legislativo 822 del 23 de abril de 1996.

<sup>75</sup> Ley 83 de Propiedad Intelectual de Ecuador, Registro Oficial 320 del 19.05.98.

válidas para dar paso a nuevas propuestas que favorezcan también a artistas y consumidores de música.

#### **IV. Metodología de detección de usuarios de archivos P2P por parte de las Compañías discográficas y las Asociaciones de protección de derechos intelectuales.**

##### **a) Utilización del llamado “agente provocador”. Delito experimental. El ofendido como provocador.**

Según sostiene Juan G. Pozzo<sup>76</sup>, la supuesta metodología de detección utilizada por CAPIF o las productoras fonográficas para localizar a los usuarios de sistemas de intercambio de archivos denominado “P2P” (peer-to-peer file sharing), consistiría en utilizar “otro P2P” en donde al “pedir” una obra musical obtienen (como cualquier usuario podría hacerlo) la información de quién es el proveedor de ese archivo (que por supuesto es otro usuario). Es decir, obtienen el IP (*Internet Protocol*) de los usuarios que ellos consideran que estarían violando las leyes de Derecho de Autor. Se remarca además, que este procedimiento se certifica ante un escribano público. Una vez obtenida el IP del presunto infractor, se solicita una medida cautelar ante un juez, quien ordena a las ISP (empresas proveedoras de servicios de Internet) divulgar el nombre del individuo al que pertenece el IP en cuestión y así identificarlo, y posteriormente presentar una demanda tendiente a lograr que cese en su accionar considerado perjudicial más el reclamo por daños y perjuicios, previa mediación si se encuentra domiciliado en la Ciudad de Buenos Aires. Se señala además que “...*si por alguna razón no pueden obtener de esta forma el IP del usuario considerado infractor por CAPIF, seguramente utilizarán otros métodos,*

---

<sup>76</sup> POZZO, Juan G., “Acciones contra usuarios particulares de Internet por la utilización de archivos musicales”, LA LEY, 01/06/2006.

*siempre dentro de lo que las leyes ordenan, para "trackear" al usuario en supuesta infracción y llegar al origen y verdadero IP".*

La operatoria de detección utilizada por las compañías discográficas tendientes a rastrear posibles usuarios de programas P2P tiene su origen en Estados Unidos. La R.I.A.A. ha servido de ejemplo para la mayoría de los países, incluyendo la Argentina, según surge de la información existente en su propia página Web.

Técnicamente, el mecanismo utilizado en Estados Unidos consistiría en la utilización de una PC con conexión a Internet, lo cual permite efectuar una búsqueda de títulos pertenecientes a grupos y solistas de la compañía interesada a través de un programa llamado Bearshare <sup>77</sup>. Una vez ubicadas dichas canciones, el programa permite visualizar el IP del usuario, y luego se utilizan programas como el CommView<sup>78</sup>. Todo ese accionar es grabado con el programa Sren Movie Studio, que permite obtener un registro filmico de los pasos que un usuario realiza en la pantalla de la PC. Con el número de IP que obtienen, se solicita a las empresas prestadoras del servicio de Internet que informen a qué usuario corresponden, ya que cada empresa asigna un número de este tipo al usuario.

---

<sup>77</sup> Programa que tiene la característica de ser el más sofisticado de aquellos del tipo 'Peer to Peer' que permiten el intercambio de archivos, corriendo sobre la red Gnutella. Se caracteriza por facilitar las descargas a gran velocidad y desde varios usuarios a la vez. Si bien la búsqueda es "a la carta", el módulo de Auto-Petición se encarga de completar todas las descargas solicitadas. Es uno de los pocos programas disponibles que permite acceder y mirar los archivos compartidos de los demás usuarios.

<sup>78</sup> Es un programa que monitorea la actividad de la Red, y es capaz de capturar y analizar paquetes de información en cualquier red Ethernet. Recoge información del flujo de datos en una LAN y decodifica los datos analizados. Permite ver la lista de conexiones a la red, estadísticas IP esenciales, y examinar los paquetes individuales. Los paquetes IP se decodifican hasta el nivel más bajo con análisis total de los principales protocolos IP: TCP, UDP y ICMP. También muestra total acceso a los datos sin procesar. Los paquetes capturados se pueden guardar en un archivo de registro (log) para su análisis en el futuro. El sistema configurable de filtros le permite eliminar los paquetes que no necesite o capturar solamente aquellos paquetes que desee capturar. Es muy útil para cualquiera que desee tener una representación total del tráfico en su PC o segmento LAN.

Retomando al tema de la conducta descripta anteriormente desplegada por CAPIF o por las productoras fonográficas, podría afirmarse en forma categórica que la misma consiste en inducir a una persona a realizar un acto delictivo para presentar la correspondiente denuncia a fin de que sea castigada. Ello configura el alcance que se le da a la conducta desplegada por el llamado **“agente provocador”**.

Dogmáticamente, la actividad del agente provocador es definida como aquel *“...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<sup>79</sup>”*.

Algunos autores lo encuadran como una modalidad especial de delito imposible. Tal es el caso de Fontán Balestra<sup>80</sup>, quien considera que estamos en presencia del mismo cuando el autor cree que podrá consumar el delito, pero tal cosa no ocurre porque la víctima está advertida (v.g. del fraude en la estafa o de la ineficacia de la amenaza en la extorsión), o porque la autoridad está queriendo sorprenderle “in fraganti”, o bien cuando se quiere comprobar la conducta de un sujeto, con lo que el agente provocador -persona o acción- constituye un verdadero experimento. Asimismo el autor distingue cuando se trata de delito imposible, es decir en el caso en que el agente provocador facilitó de tal modo los hechos o tenía tales conocimientos, que los medios o el objeto se hayan tornado por eso inidóneos, o cuando el caso se encuadra en la tentativa, que es cuando el hecho sólo fue interrumpido en su comienzo de ejecución.

---

<sup>79</sup> CARRARA, F., "Programa de Derecho Criminal", citado por NUÑEZ, R. en "Tratado de Derecho Penal", t. II, Lerner Ediciones, 1978, p. 299, nota 122.

<sup>80</sup> FONTAN BALESTRA, C., "Tratado de Derecho Penal", t. II, ps. 395/6 y 412/3, Ed. Abeledo Perrot.

Asimismo, Núñez Barbero<sup>81</sup> indica que la intervención del agente provocador (copartícipe simulado) resta totalmente eficacia a la conducta común y excluye toda posibilidad de daño o peligro para el bien jurídico, ya que su actividad si es inicial y preconstituida, supone y contiene un obstáculo que impide de modo absoluto la consecución del resultado y produce, por consiguiente, la insubsistencia del delito. Desde este punto de vista no cabe duda que podríamos afirmar que la consumación es imposible y la tentativa inidónea.

Es decir que a través de la actividad desplegada por las compañías discográficas, 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.

Si se tiene en cuenta que el agente provocador instigó o determinó la actuación dolosa del actor, por lo cual éste no adoptó por sí la decisión del hecho, esta circunstancia no puede reflejar en sí misma la disposición personal a delinquir del presunto culpable, que es lo que en definitiva se persigue reprimir. De este modo faltaría la configuración de los elementos, objetivo -ya que el agente provocador realizó por su mano parte del tipo legal, teniendo un dominio casi absoluto del hecho-, y 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.

---

<sup>81</sup> NUÑEZ BARBERO, R., "El delito imposible", ps. 128 a 132, Salamanca (España), Universitas, 1963 citado por FROMENT, C., "El delito experimental y las garantías constitucionales", LA LEY 1996-D, 504.

En este sentido, la mayoría de los autores coinciden en la inconstitucionalidad de estas prácticas. Así, Daniel Mario Rudi<sup>82</sup>, en referencia al agente encubierto, sostiene que *“las técnicas especiales de investigación no suspenden las garantías mínimas del debido proceso legal, ni siquiera en una situación de extraordinaria. Porque esa hipótesis está prohibida, por la garantía a la protección judicial contra actos que violen los derechos reconocidos por la constitución, la ley o la convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales en el caso de peligro público o de otra emergencia que amenace la seguridad del Estado Parte (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”*. Señala, además, que *“las llamadas pruebas secretas (en un sentido total o parcial), no son en el sistema de la Constitución, prueba judicial<sup>83</sup>”*.

Por su parte, Andrew Ashworth<sup>84</sup> considera insoslayable en toda discusión sobre el tema al *“poderoso argumento de que los órganos de la persecución penal, cuyo deber es prevenir el delito, no deban ser autorizados a involucrarse en la creación del delito”*. Mientras que Bettiol sostiene que *“los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente lícitos<sup>85</sup>”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la figura del agente provocador en el precedente "Fiscal c.

---

<sup>82</sup> RUDI, D., *“El agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”*, LL Gran Cuyo, 2005, 759.

<sup>83</sup> RUDI, D., *“El agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”*, LL Gran Cuyo, 2005, 759.

<sup>84</sup> The criminal process. An evaluative study", p. 95, Oxford, 1995, citado por GUARIGLIA, F. en *“El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación”*, LA LEY, 1998-B, 371.

<sup>85</sup> BETTIOL, G., "Derecho Penal. Parte general", p. 575, trad. PAGANO, J. (h.), Bogotá, Ed. Temis, 1965, citado por FROMENT, C. en *“El delito experimental y las garantías constitucionales”* LA LEY 1996-D, 504.

Fernández", afirmando que "*la conformidad con el orden jurídico 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*<sup>86</sup>". Para el alto cuerpo, la conducta provocadora del agente resulta contraria al estado de derecho, al crear o instigar el delito.

En el caso citado se analizó la legitimidad de un allanamiento realizado en una sede diplomática. Se investigaba la presunta comercialización de estupefacientes y a fin de obtener pruebas de cargo contra el cónsul de Bolivia se utilizó a un ciudadano boliviano quien fue dejado pasar a la sede diplomática, obteniendo de parte del Cónsul la sustancia ilícita. Luego, el mismo agente encubierto, lo invitó a salir, debido a que no podía realizarse el arresto en ese lugar –protección de las sedes diplomáticas- y, una vez afuera, se procedió a su aprehensión. La Cámara invalidó el procedimiento. Pero, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara y confirmó lo actuado bajo el argumento de que "*...el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contraria a garantías constitucionales*<sup>87</sup>...".

De dicho precedente se desprenden las pautas a las que se debe someter el comportamiento de los agentes encubiertos: 1) mantenerse dentro de los límites de un estado de derecho y 2) no haber creado o instigado el delito. Es decir, como bien señala De Feo, "*la función del agente encubierto se debe ceñir únicamente a reproducir para el proceso aquello que haya sido exteriorizado*

---

<sup>86</sup> Fallos 313:1305, C.S.J.N., LA LEY, 1991-B, pág. 189.

<sup>87</sup> Fallos 313:1305, C.S.J.N., LA LEY, 1991-B, pág. 189.



*por éste. Le está vedado incitarlo, proponerle o instigarlo a cometer el delito. Sólo puede tomar conocimiento de lo que voluntariamente haya sido exteriorizado por el incuso para reproducirlo en el proceso*<sup>88</sup>”.

El fin que se propone la utilización del agente provocador en las investigaciones criminales, esto es, asegurar que el culpable sea llevado a la Justicia, no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o lesionar un bien jurídico. Los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados y no de suscitar, más o menos malignamente, conductas criminosas en pos de fines denominados lícitos. Y con mayor razón esto vale par el particular<sup>89</sup>.

La posibilidad de que la justicia penal pueda valerse de funcionarios públicos o particulares que simulan actos debe considerarse como recursos de carácter extraordinarios, sólo utilizables en forma excepcional cuando los medios investigativos comunes no resultan suficientes y adecuados en virtud de la magnitud del ilícito (crimen organizado, organizaciones mafiosas, etc.), sin descuidar aún en estos supuestos, la legalidad de los actos y el respeto de los derechos y garantías de los individuos. La justicia jamás puede aprovecharse de algún acto contrario a la ley.

En igual sentido, la Sala II de la C.N.C.P. tiene dicho que “*es por regla general una herramienta preventiva dirigida a peligros futuros y no al esclarecimiento de hechos pretéritos; previo a su intervención no existe el delito, es él como instigador quien incide para lograr la exteriorización de la voluntad de los*

---

<sup>88</sup> DE FEO, J. “Las nuevas posibilidades otorgadas por la tecnología en materia probatoria y la vigencia de las garantías constitucionales, a partir del caso “Argañaraz”, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 14/03/07.

<sup>89</sup> PETROELLO MANTOVANI, L. “*Diritto penale. Parte generale*”, 12 ed. Cedam, Padova, 1986 citado por GUZMAN DALBORA; J. en “*El delito experimental*”, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 09/08/07.

*aquí encausados creando el delito. Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal, de un normativo específico, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal<sup>90</sup>”.*

La intervención del agente provocador en una determinada investigación y, por sobre todas las cosas, el producido de la misma, requiere de un fundamento normativo específico dentro del sistema jurídico argentino para adquirir validez constitucional. Esto es así pues cualquier injerencia del Estado en la esfera privada de los particulares exige una norma específica que lo justifique. Así, la ley 23.737 de Estupefacientes prevé en su art. 31 bis para el caso de utilización de un agente encubierto 1) el requisito de orden judicial fundada, 2) el limitado ámbito de intervención (organizaciones delictivas vinculadas al tráfico y comercio de estupefacientes) y 3) la regla de subsidiariedad<sup>91</sup>.

También puede señalarse el art. 35 inc. g de la Ley 11.683, incorporado en el año 2.005 por la Ley 26.044, que regula la utilización del agente encubierto<sup>92</sup>. La norma establece que el modo de constatación de la infracción por parte de los inspectores del Fisco debe estar precedido de una orden de un juez administrativo.

---

<sup>90</sup> “Schroeder, Juan Jorge y otros s/falsificación de documento”, C.N.C.P., Sala II, C. 14.914, Reg. 16519, 10 de junio de 1999.

<sup>91</sup> Ley 23.737, Regimen Penal de Estupefacientes, Bs.As., 21/09/1989.

<sup>92</sup> Art. 35 inc. g Ley 11.683: “Autorizar, mediante orden de juez administrativo, a sus funcionarios a que actúen, en el ejercicio de sus facultades, como compradores de bienes o locatarios de obras o servicios y constaten el cumplimiento, por parte de los vendedores o locadores, de la obligación de emitir y entregar facturas y comprobantes equivalentes con los que documenten las respectivas operaciones en los términos y con las formalidades que exige la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION. La orden de juez administrativo deberá estar fundada en los antecedentes fiscales que –respecto de los vendedores y locadores- obren en la citada ADMINISTRACIÓN FEDERAL. Una vez que los funcionarios habilitados se identifiquen como tales al contribuyente o responsable, de no haberse consumido los bienes o servicios adquiridos, se procederá a anular la operación y, en su caso, la factura o documento emitido. De no ser posible la eliminación de dichos comprobantes se emitirá la pertinente nota de crédito. La constatación que efectúen los funcionarios deberá revestir las formalidades previstas en el segundo párrafo del inciso c) precedente y en el art. 41 y, en su caso, servirán de base para la aplicación de sanciones previstas en el art. 40 y, de corresponder, lo estipulado en el inciso anterior. Los funcionarios en el ejercicio de las funciones previstas en este inciso, estarán relevados del deber previsto en el Art. 10”.

Según lo expuesto por Cotonat<sup>93</sup>, la norma ha sido criticada por varios autores por considerar que dicha exigencia no brinda protección suficiente a los derechos y garantías de los contribuyentes en tanto quien debe juzgar la procedencia de la autorización es un funcionario del propio organismo que actuaría en su caso como juez y parte. Luego, consideran que hubiera sido más acertado que la autorización estuviere a cargo de la Justicia en lo Penal Económico a los efectos de asegurar imparcialidad en el control del cumplimiento de los requisitos que establece la ley. Así, entienden que lo que se ha otorgado es una peligrosa facultad a los agentes fiscalizadores, quienes con la finalidad de detectar el “posible ilícito”, pueden inducir al sujeto pasivo de la obligación tributaria a no emitir y/o entregar la factura o documento equivalente.

Aquellos que consideran al agente fiscalizador como un provocador sustentan su postura en la participación del inspector anterior al principio de ejecución y en su intervención directa en la producción del hecho imponible que genera la obligación de emitir, y en este sentido estaría el mismo creando la condición indispensable para que la infracción sea consumada.

Lo cierto es que la norma incorporada por la reforma no ha aclarado cual es el límite en la potestad conferida a la Administración sobre el accionar de sus agentes, dejando espacio a una peligrosa discrecionalidad que puede dar lugar a que en vez de “constatar” una infracción, se provoque o instigue la misma.

---

<sup>93</sup> GODOY COTONAT, C., “*Facultades de verificación del Fisco: Art. 35 inc. g: Agente Fiscal Encubierto*”, En Internet <<http://www.eldial.com>>, sitio consultado el 14 de agosto de 2.007.

Uno de los argumentos de aquellos detractores de esta figura es que la entidad de infracción que se pretende “constatar” para sancionar, no justifica la intromisión en la esfera privada de los contribuyentes de manera engañosa. Así, entienden que la Constitución Argentina garantiza a los ciudadanos un marco de convivencia social en el que la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre las personas estén libre de la presencia oculta del Estado, que es autorizado a fiscalizar actitudes que luego se volverán en contra de los obligados.

A criterio de este sector de la doctrina el accionar encubierto del Estado afecta la ética en la que el mismo debe desenvolverse, echando mano a conductas de ocultamiento que, realizadas por los contribuyentes, considera disvaliosas y sancionables. Todo ello, considerando que el organismo encargado de la recaudación se encuentra dotado de un sinnúmero de facultades de verificación y fiscalización que han sido ampliamente aceptadas y moralmente indiscutidas.

Es cierto que hoy se encuentran seriamente cuestionadas las instituciones –en especial la Justicia-, respecto a la seguridad pública y a la corrupción, pero los particulares no pueden constituirse en juez, fiscal o agente encubierto. Es muy común que la prensa, excediendo su función, desempeñe este papel y es cierto que ha descubierto graves delitos con el famoso método de las cámaras ocultas. Pero esto no debiera ser posible y menos necesario, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, con el pleno funcionamiento de sus instituciones.

Una interpretación mas amplia de dicha figura, extendiendo su accionar a todo tipo de delitos comunes, llevaría a configurar un aniquilamiento de los derechos y garantías individuales, afectando la dignidad humana, la intimidad de las

personas, su derecho a defensa en juicio (Constitución Nacional Argentina, art. 18<sup>94</sup>), y reclamaría como principio la existencia de otras pruebas que corroboraran el contenido de dicha información (Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, conocidas como "Reglas de Mallorca", art. 33, inc. 3°<sup>95</sup>), su estado de inocencia y la prohibición de declarar contra si mismo.

No se cuestiona que quienes consideren vulnerados sus derechos inicien algún tipo de investigación tendiente a detectar a los presuntos infractores, pero ante la existencia de un posible delito la forma exigible de procedencia consistiría en efectuar la correspondiente denuncia penal ante las autoridades. De esta forma, quedaría en manos del órgano competente decidir respecto de las medidas necesarias, debiendo considerar aquellas debidamente propuestas por las partes. Es contrario a cualquier Estado de Derecho que sean los particulares quienes realicen la investigación y recolecten las pruebas, resultando esto sumamente peligroso por la subjetividad que pueden poseer las mismas y por no respetar las garantías básicas de todo imputado. Todo material capaz de generar convicción respecto de lo ocurrido y que sirva como prueba debe observar las exigencias legales en protección de los derechos y garantías constitucionales. El rol de la víctima con todas las potestades que ello implica, recién surge cuando existe una causa penal en trámite y se permite su

---

<sup>94</sup> Art. 18 CN: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

<sup>95</sup> Art. 33 inc. 3° Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal: "En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria".

presentación como querellante con todas las facultades que las diferentes normas legales otorgan.

Al respecto, señala Zaffaroni que cuando se trata de bienes jurídicos de poca importancia o la lesión no es inminente, la apelación al recurso de la provocación lesionaría gravemente la imagen ética del Estado, debiendo investigarse las conductas que los lesionan por los medios ordinarios<sup>96</sup>.

Así, resulta fundamental considerar en cada caso en particular tres cuestiones básicas:

- 1) Si el usuario de Internet que comparte un tema musical lo hubiera hecho igualmente si supiera que el usuario que se encuentra del otro lado lo hace en representación de una empresa discográfica.
- 2) Si fue el contexto creado por las Compañías Discográficas determinante para el accionar autoincriminatorio del usuario.
- 3) Si el accionar fue claramente voluntario o incentivado.

No es posible imputar penalmente aquello que algún sujeto pueda haber emprendido en estas condiciones, ya que se trata de un supuesto de tentativa absolutamente inidónea, siendo por lo tanto una conducta atípica.

Según Zaffaroni, el caso del agente provocador presenta una incuestionable ausencia de culpabilidad por la inexistencia y, eventualmente, la inoponibilidad del esfuerzo por la vulnerabilidad por ser el propio poder punitivo el que determina la realización del injusto. Señala en ese sentido que *“puede suceder que la acción sea realmente típica y antijurídica, sea en grado de tentativa o*

---

<sup>96</sup> ZAFFARONI, E. – ALAGIA, A. – SLOKAR, A., “Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 2002, Pág. 799.

*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<sup>97</sup>”.*

**b) Lesión a garantías constitucionales. Declaración contra sí mismo. Derecho a la intimidad.**

En base a lo expuesto, 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 art. 18 Constitución Nacional Argentina<sup>98</sup>, el art. 8 inciso 2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>99</sup>, y el art. 14 inc. 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> ZAFFARONI, E. – ALAGIA, A. – SLOKAR, A., ob. cit., Pág. 682.

<sup>98</sup> Art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

<sup>99</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica 22/11/69. Art. 8 inciso 2 letra g): “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

<sup>100</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Art. 14 inc. 3 letra g): 3. “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

Con el procedimiento utilizado para detectar a quienes comparten archivos musicales por Internet, que fuera descrito precedentemente, se induce a error a dichos usuarios, simulando una situación que provoca una conducta autoincriminatoria, por lo cual el sujeto no es consciente de las consecuencias que ello le puede acarrear.

Esto reduce la libertad en su conducta y produce que la misma sea involuntaria, ya que fue el contexto creado el que lo llevó a conducirse de una manera distinta a la que hubiese seguido de haber conocido las verdaderas circunstancias fácticas.

Así, si descargar archivos con copyright de Internet resulta una conducta ilícita, pero la obtención de las pruebas que incriminan a las personas investigadas se basa en un accionar provocado, se trata claramente de una violación de la garantía contra la auto incriminación.

Con ese alcance, resulta interesante señalar un fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación<sup>101</sup>, donde se resolvió que “...existió una activa intervención del falso inversor que portaba la “cámara oculta” en el aporte de un relato incriminatorio, dado que recurrió al ardid de cambiar su identidad, y a la mentira acerca de la representación que invocaba...”. “...Merced a sus habilidades naturales o histriónicas indujo al doctor Herrera a volcar en las ocultas grabaciones, determinadas expresiones que sin dudas lo autoincriminan como protagonista de una mala conducta o un mal desempeño como magistrado...<sup>102</sup>”. La decisión continúa: “...Aunque estos dichos grabados

---

<sup>101</sup> “Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento”, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, Causa N° 11, citado por DE FEO, J. en “Las nuevas posibilidades otorgadas por la tecnología en materia probatoria y la vigencia de las garantías constitucionales, a partir del caso “Argañaraz”, en Internet <<http://www.eldial.com>>, sitio consultado el 14 de marzo de 2007.

<sup>102</sup> “Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento”, fallo cit.



*no provengan de un interrogatorio de autoridad estatal, sino de un particular, en razón del modo y forma en que se llevó a cabo su filmación no pueden ser traídos ante un tribunal para formar parte de un plexo probatorio, dado que fueron vertidos en un contexto lesivo a la garantía constitucional que prohíbe declarar en contra de sí mismo...<sup>103</sup>". Más adelante, el mismo fallo señala que "...es con esta amplitud que debe interpretarse la garantía referida, dado que lo exigido por la Ley Fundamental es la exclusión de cualquier modo de compulsión física, psíquica o moral a una persona con el fin de obtener comunicaciones, expresiones o confesiones que debieran provenir de su libre voluntad...<sup>104</sup>". Para concluir, el Jurado de Enjuiciamiento sostuvo que "...en el caso, no puede sostenerse que el doctor Herrera vertiera aquellos conceptos con soberana libertad cuando mediaron los engaños y ocultamientos señalados...<sup>105</sup>"*

En este sentido, sostiene Juan Pablo De Feo<sup>106</sup>, con el alcance que tiene la protección constitucional señalada, que *"...cualquier declaración que se efectúe contra uno mismo, para ser válida en el marco de un juicio criminal, debe hacérsela libremente. La libertad, entendida en este sentido, implica, a su vez, discernimiento –conocer las consecuencias de lo que se dice-, intención –querer decir lo que se dice- y falta de coacción"*.

Recientemente, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió que la figura del agente provocador resulta incompatible con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico por

---

<sup>103</sup> "Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento", fallo cit.

<sup>104</sup> "Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento", Fallo cit.

<sup>105</sup> "Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento", Fallo cit.

<sup>106</sup> DE FEO, J., "Las nuevas posibilidades otorgadas por la tecnología en materia probatoria y la vigencia de las garantías constitucionales, a partir del caso "Argañaraz", En Internet <<http://www.eldial.com>>, sitio consultado el 14 de marzo de 2007.

ser violatoria de la garantía contra la autoincriminación consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>107</sup>.

Otro freno de alcance constitucional con que se enfrentan quienes pretenden combatir la mal llamada “piratería musical” a través de los mecanismos descriptos, 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**, al dominio y disposición sobre datos íntimos y personales vinculados a su propia persona. Todo ello resulta más grave aún si lo que se persigue es la autoincriminación del usuario.

El derecho a la intimidad comprende la facultad de establecer un ámbito privado y personal de comportamiento no sujeto a injerencias de terceros. Toda injerencia estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos reclama de una autorización legislativa específica. La protección del derecho a la intimidad se encuentra consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>108</sup>, en el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>109</sup>, Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>110</sup>, art. 17.1 del Pacto

---

<sup>107</sup> “Levy, Gustavo R.”, C.N.C.C., Sala I, C. 111.844, 19/07/1997.

<sup>108</sup> Art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

<sup>109</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá – Colombia, 1948. Artículo V. “Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, su reputación y a su vida privada y familiar”.

<sup>110</sup> Declaración Universal de los Derechos del hombre, *Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948* Art. 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>111</sup>, art. 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969)<sup>112</sup>.

Cabe señalar que al igual que los demás derechos consagrados en nuestra constitución, el derecho a la intimidad no se trata de un derecho absoluto; por el contrario, las leyes determinan su alcance, con el límite de no alterar los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna.

La injerencia excepcional en la intimidad de las personas debe ser autorizada por un juez. Para ello es necesario comprobar la existencia de una persecución penal concreta, es decir, un hecho punible a investigar. Esto supone que el juez debe tener conocimiento sobre el mismo y una probabilidad cierta de su existencia. La consecuencia lógica, entonces, es que debe existir una fundamentación sólida, con elementos objetivos que le den base, para poder dejar de lado tan fuerte protección constitucional.

Ello es así, toda vez que el Estado otorga poder a un órgano para que controle el proceso penal, siendo el único que puede limitar las garantías consagradas en nuestra constitución, por lo que resta preguntarse si puede un ciudadano actuar recolectando pruebas sin autorización ni control judicial. Parece claro que todas las garantías constitucionales protegen a los individuos de injerencias de terceros en su vida privada, por lo cual resulta ilegítima toda intromisión que no respete las pautas de la Ley Fundamental en inobservancia de normas

---

<sup>111</sup>. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 "Art. 17.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 21. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

<sup>112</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica 22/11/69. "Art. 11.1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

específicas al respecto. La mayoría de los códigos procesales regulan los supuestos en que los jueces pueden disponer medidas restrictivas de las garantías constitucionales, pero ello debe ser sólo de manera fundada y en el marco de una causa iniciada con anterioridad.

En los juicios que impulsa la RIAA en los Estados Unidos se presiona a los grandes proveedores de Internet para que revelen las identidades de los usuarios que intercambiaban archivos. En una de las series de demandas masivas, varios abogados presentaron demandas contra la RIAA por violación de la privacidad de las personas, y músicos como Moby, Chuck D (Public Enemy) y Bob Weir (Grateful Dead) advirtieron públicamente que la defensa de sus derechos que enarbolaba la industria como argumento para las demandas debía tener un límite<sup>113</sup>. Huey Lewis (líder de los veteranos Huey Lewis and The News) señaló que *“la industria es un monstruo gigantesco, con demasiadas bocas intermedias que alimentar, vendiendo un producto sobrevaluado y muy a menudo mediocre”*<sup>114</sup>. David Draiman, cantante de los Disturbed, fue más allá: *“En esto no hay ninguna ciencia complicada. En vez de gastar su dinero litigando contra pibes, los mismos a los que en primer lugar les quieren vender sus productos, las compañías deberían aprender a usar Internet de un modo efectivo”*<sup>115</sup>.

### **c) Exclusión de prueba obtenida ilegalmente.**

---

<sup>113</sup> FRABEGAR, E. “Por qué fracasó la persecución al usuario. Tiempos de “Gran Hermano”, En Internet <<http://www.cultura.gov.ar/lic/sic/hemeroteca/nota/nota.php?id=213>>, sitio consultado el 14 de abril de 2.007.

<sup>114</sup> FRABEGAR, E., art. Cit.

<sup>115</sup> FRABEGAR, E., art. Cit.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, es posible afirmar que en nuestro sistema jurídico los medios de prueba obtenidos de manera irregular contrariando los principios elementales del Estado de Derecho en violación a garantías constitucionales no resultan admisibles en el proceso penal y carecen de todo tipo de valor probatorio.

Así, La Corte Suprema de Justicia a partir del caso "Rayford"<sup>116</sup>, reafirmado luego en "Ruiz, Roque"<sup>117</sup> y "Francomano, Alberto"<sup>118</sup>, sentó la regla de exclusión de la prueba ilegalmente adquirida, afirmando que la ley, en el interés de la moral y la seguridad de las relaciones sociales, declara inadmisibile el resultado de un procedimiento condenado por la ley o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito. No debe admitirse entonces la validez probatoria de los elementos allegados al proceso merced a una actividad violatoria de garantías constitucionales.

Asimismo en los fallos "Charles Hermanos"<sup>119</sup>, "Montenegro"<sup>120</sup> y "Fiorentino"<sup>121</sup>, se ha reafirmado el valor preponderantemente ético de la regla, señalando que *"no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito"*<sup>122</sup>. A partir de estas resoluciones la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sustentado su doctrina sobre exclusión de prueba obtenida ilegalmente en el

---

<sup>116</sup> Fallos CS 308-733 --La Ley, 1986-C, 396.

<sup>117</sup> Fallos CS 17-IX-87, LL, 28-IV-88.

<sup>118</sup> Fallos CS 19 de noviembre de 1987, LL, 28 de abril de 1988.

<sup>119</sup> Fallos CS 46° 36.

<sup>120</sup> Fallos CS 303:1938 --La Ley, 1982-D, 225--.

<sup>121</sup> Fallos CS 305:1752.

<sup>122</sup> Fallos CS 46° 36.

principio de que *“otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”*.

En lo que aquí importa, resulta clara la ilegitimidad constitucional de la actuación del agente provocador lo que conlleva a excluir el hecho provocado como materia de prueba equiparándolo a los medios probatorios prohibidos. De esta manera el juez estaría obligado a rechazar la utilización de una probanza adquirida a través de la actividad del agente provocador declarándola ilegal y decretando la nulidad del procedimiento.

La imposibilidad de determinar quién es la persona que se encuentra descargando archivos de Internet al tratarse de una actividad que se realiza a través de una computadora y dentro del ámbito privado de las personas, ha llevado a quienes intentan combatir estas conductas a utilizar mecanismos funcionales a sus objetivos pero constitucionalmente cuestionables. Si bien es sabido que son muchos los individuos que descargan temas musicales de Internet, resulta muy difícil probar el hecho en casos particulares. No obstante, ello no justifica la realización de prácticas ilegales con el fin de combatir el supuesto delito.

La principal objeción a estas prácticas no surge exclusivamente desde una perspectiva ética. En un Estado de Derecho también es sumamente cuestionable si tenemos presente que en la mayoría de los casos el agente provocador no es otro que un funcionario público que con su accionar está instigando o creando las condiciones fácticas para la realización de un acto ilícito. De más está decir

que el Estado nunca puede utilizar medios ilícitos, ni siquiera bajo el argumento de probar el carácter ilícito de una conducta. Instigando a un individuo a cometer una infracción para su posterior castigo, no se ajusta al accionar de quien debe velar por el cumplimiento y observancia de la ley. Luego, dado que en la persecución penal no rige la máxima que establece que “el fin justifica los medios”, mucho menos podría tolerarse como una actividad de los propios particulares en la búsqueda de justicia.

Así, Francisco J. D´Albora<sup>123</sup> afirma que en un estado de derecho debe primar el apotegma que indica que *"es válido investigar hechos para determinar quiénes son los responsables; en vez resulta irrito proceder a la inversa y meterse con un particular para cerciorarse de si incurrió en algún episodio reprehensible"*.

Por su parte, señala Mirta Susana Gómez<sup>124</sup>, *“el fin legítimo del Estado, de esclarecer un hecho delictivo, no basta para justificar que los operadores del sistema judicial acepten la utilización de cualquier medio, aún a costa de la violación de garantías constitucionales, precisamente por esa función superior que le ha sido asignada al Poder Judicial, de ser el dique de contención del poder punitivo del Estado, en defensa del más débil”*.

Así, cualquier medida de prueba intentada en el marco de una investigación penal debe respetar las condiciones exigidas por la ley. Resulta siempre exigible que: 1) existan sospechas fundadas en elementos objetivos acerca de la comisión de un ilícito 2) que se lleven a cabo por orden y con control del juez, y 3) fuera

---

<sup>123</sup> D'ALBORA, F., *“Sobre la prueba ilícita en el proceso penal”*, Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, libro homenaje XXV aniversario, B. Aires, 1991.

<sup>124</sup> GOMEZ, M., *“Las cámaras ocultas y el debido proceso penal. El “Gran Hermano” al acecho”*, en Internet <<http://www.eldial.com>>, sitio consultado el 8 de febrero de 2007.

de los lugares entendidos como ámbito de privacidad de la persona. Cuando la obtención de pruebas mediante mecanismos no convencionales fuera obtenida por particulares, sin control jurisdiccional, la regla general debe ser su exclusión como elemento de prueba.

En este sentido, señala Carrió<sup>125</sup> que una regla según la cual las violaciones de derechos constitucionales por particulares quedasen fuera de la regla de exclusión llevaría en verdad a situaciones contrarias a un Estado de Derecho: *“...las víctimas de delitos, especialmente las que contasen con medios económicos suficientes, podrían contratar a particulares para ingresar en domicilios privados o para forzar a las personas a autoincriminarse, y esas pruebas serían válidas al no haber sido obtenidas por agentes públicos. La pregunta es si ese proceder no estaría convirtiendo a la administración de justicia en beneficiaria de hechos inconstitucionales”*.

Concordantemente, afirma Ares<sup>126</sup>, *“las garantías individuales no fueron ideadas por un grupo de cándidos y bienintencionados académicos reunidos en un confortable gabinete sin otra cosa mejor que hacer. Por el contrario, su desarrollo costó a la humanidad ríos de sangre y lágrimas; fueron surgiendo como reacciones en pro de la dignidad del hombre avasallado por el poder arbitrario del Estado. Se fueron elaborando junto con el concepto de persona humana, estableciendo una zona en la que el poder del Estado no puede penetrar. Debe ser tenido en cuenta el componente ético: el Estado no puede combatir el delito cometiendo ilícitos”*.

---

<sup>125</sup> CARRIO; A. D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Hammurabi 2006, Pág. 348.

<sup>126</sup> ARES, J., “Las reformas al sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Buenos Aires como respuesta al problema de la inseguridad”, Revista Costa Sud 13., Año VII, Diciembre de 2004.



Cualquier interpretación contraria importaría una restricción del ámbito de actuación de la garantía constitucional del art. 18. Coincidiendo con Froment<sup>127</sup>, otorgarle a la violación constitucional alguna eficacia -aun indirecta-, la estimularía en la práctica.

Es cierto que esto puede llevar a la impunidad de ciertos delitos, pero es más importante no perder de vista que Constitución Nacional Argentina y los Pactos a ella incorporados han determinado que ciertos intereses resulten más valiosos y por ello posean jerarquía constitucional, desconocer que en determinadas situaciones ciertas garantías y principios sean dejados de lado pone en serio riesgo nuestro Estado de Derecho. No debe perderse de vista la antigua máxima de que fines justos deben ser alcanzados sólo con el empleo de medios asimismo justos.

**d) Otras cuestiones: Problemas de tipicidad y autoría. Falta de lesión a un bien jurídico.**

Otro problema jurídicamente difícil de resolver que se presenta con los programas P2P, está dado por el hecho de que en su gran mayoría estos programas no transmiten el archivo entero sino partes del mismo obtenido de varios usuarios. Con los protocolos de P2P casi siempre se comparte el archivo musical, de hecho es así como funcionan y es su mayor beneficio dentro de los programas que permiten compartir música. Básicamente lo que permite es obtener partes del mismo tema de diferentes usuarios, hasta que se obtiene el tema entero. Casi nunca se transfieren archivos completos de una sola vez, sólo

---

<sup>127</sup> FROMENT, C., "El delito experimental y las garantías constitucionales", LA LEY 1996-D, 504.

partes, de forma distribuida y no consecutiva, con lo cual un usuario puede haber descargado el 1% de la canción de cada fuente, o quien ha provisto ese tema, en ese momento, sólo ha subido un 1% de esa canción al mismo destino.

Analizando las dos partes que intervienen en este intercambio, no es posible determinar qué persona fue la que permitió la descarga de un tema musical en violación de las normas de la regulación del derecho de autor porque con los programas utilizados la descarga no es directa e individual. Por el otro lado, respecto al usuario que realiza la descarga de dicho archivo, los programas utilizados identifican un IP de una computadora, que consultada la empresa proveedora de Internet sólo permitirá acceder a la información de quien solicito el servicio.

Lo difícil de demostrar en este caso sería que realmente ese contenido estaba en la PC. Técnicamente, los sistemas informáticos permiten renombrar archivos vacíos (con bits en cero pero de varios megas) con nombres de temas de música con el supuesto derecho de autor, lo cual hace muy difícil demostrar que se bajaron archivos, todo lo relativo a redes informáticas resulta muy fácil de falsificar y modificar su origen por alguien con conocimiento en el tema.

En Estados Unidos, en el año 2004 Capitol Records presentó una demanda contra Debbie Foster (Capitol vs. Foster)<sup>128</sup> por violar las leyes de copyright al descargar música de las redes P2P. Aunque la demanda pesaba sobre Debbie Foster, la verdadera usuaria del programa P2P habría sido su hija, Amanda Foster. En julio de 2006 un juez desestimó el caso, pero la RIAA siguió adelante

---

<sup>128</sup> Court for the Western District of Oklahoma, Case Nro. Civ. 04-1569-W. En Internet <[http://www.ilrweb.com/viewILRPDF.asp?filename=capitol\\_foster\\_050908decision](http://www.ilrweb.com/viewILRPDF.asp?filename=capitol_foster_050908decision)>, sitio consultado el 28 de julio de 2007.

con el caso argumentando que ella era responsable puesto que la cuenta de IP estaba a su nombre. Ahora, un juez federal en Oklahoma rechazó la demanda y obligó a la RIAA a abonar la suma de honorarios de los abogados de ambas partes. En su decisión, el magistrado sostuvo que no se puede sostener que el mero dueño de una cuenta de Internet resulte obligado para las actividades que terceras personas puedan realizar con ella<sup>129</sup>.

En ese sentido, resulta sumamente difícil determinar la autoría penal de quien descarga archivos musicales de Internet. Se trataría de una responsabilidad objetiva por ser el titular del servicio de Internet.

El principio de culpabilidad llevado al nivel dogmático de la tipicidad significa que no hay conducta típica que no requiera dolo o al menos la forma de la culpa. Las conductas de un injusto penal sólo pueden tener esas formas y, por ello, el resultado causalmente ocasionado sin intervención de la voluntad realizadora o que no pueda imputarse al menos a título de culpa será atípico y, por lo tanto, imposible de ser encuadrado en alguna figura que le otorgue relevancia penal. La responsabilidad objetiva, por el contrario, es aquella que no tiene en cuenta la subjetividad de la conducta y se da en los denominados delitos calificados por el resultado "*stricto sensu*". Históricamente estos delitos proceden de la teoría elaborada en el Derecho Canónico, del llamado "*versari in re ilícita*" (encontrarse dentro de un asunto ilícito) conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, en todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida<sup>130</sup>. En la ley penal argentina no hay ningún supuesto

---

<sup>129</sup> En Internet <<http://www.arstechnica.com/news.ars/post/20070716-riaas-final-tab-for-capitol-vs-foster-68685-23.html>>, sitio consultado el 28 de julio de 2007.

<sup>130</sup> ROXIN, C., "Derecho Penal - Parte General", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1.997, Pág. 335.

típico en que la producción del resultado no sea alcanzado al menos por la culpa.

También ocurre que la conducta cuestionada conforme las leyes de protección de la propiedad intelectual es la de distribución, lo cual según varios autores, nunca puede darse en Internet porque la norma se refiere exclusivamente a ejemplares físicos de las obras. Así, señalan que *“la distribución implica necesariamente la incorporación de la obra a un soporte físico que permita su comercialización pública”<sup>131</sup>*. Continúa el autor: *“...el carácter físico del soporte exige la posibilidad de aprehensión del mismo por parte del público” “...el aspecto fundamental del derecho de distribución es que la obra se incorpore a un soporte tangible, general y similar para el conjunto de integrantes del público”<sup>132</sup>*.

Al efectuarse una denuncia por descarga de temas musicales por Internet, será necesario establecer la existencia de lesión alguna al derecho de propiedad. No alcanza con alegar que dicha conducta afecta la actividad de autores, compositores, músicos e intérpretes, y productores fonográficos por tratarse de una definición genérica, abstracta e indeterminada del damnificado.

En ese sentido, en distintos fallos donde se ha discutido acerca de la violación de los derechos de autor conforme la ley vigente en Argentina, se ha indicado respecto a la necesidad de la existencia de una afectación a un bien jurídico que *“...todas las probanzas acumuladas, se refieren únicamente a la reproducción,*

---

<sup>131</sup> BRAVO, D., “Copia este libro”, de distribución gratuita en Internet.

<sup>132</sup> BRAVO, D., ob. cit.

*olvidando el aspecto esencial del perjuicio, característico de los delitos contra la propiedad, como el que aquí se trata...<sup>133</sup>”.*

Respecto a la necesidad de individualizar a los afectados por la conducta de quien es procesado por violar las normas de derecho de autor se indicó que “...a través de una correcta investigación en los productores y proveedores de los casetes se pudo llegar a determinar si las obras filmicas estaban amparadas en el régimen de la propiedad intelectual; quiénes eran los autores o sus derechohabientes o sus representantes, que gozaban de los derechos reconocidos en la ley; si habían éstos autorizado la reproducción de sus obras y si, en particular las aquí cuestionadas fueron reproducidas en violación a aquellos derechos. Absolutamente nada se investigó y la sentencia parece reprocharle a los acusados que no hayan probado la legítima tenencia de la mercadería presuntamente adulterada, invirtiendo la carga de la prueba<sup>134</sup>”.

En este tipo de delitos donde se ve afectado el patrimonio, resulta trascendental determinar al titular de los derechos vulnerados; en ese sentido la jurisprudencia ha entendido que “...para saber como se defraudó la propiedad intelectual, es imprescindible conocer previamente quien es el autor o sus derechohabientes, o el autorizado para editar la obra cinematográfica<sup>135</sup>”. En igual sentido se ha dicho que “de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 11.723, existen formas especiales de adquirir, transmitir y extinguir la propiedad intelectual, de donde, para pretender que la misma ha sido lesionada, debe acreditarse que existe un titular del derecho lesionado<sup>136</sup>”.

---

<sup>133</sup> Sala III de la Cámara de Apelación de La Plata. P 76933 RSD -14-19 S 28/02/91.

<sup>134</sup> Sala III de la Cámara de Apelación de La Plata. P 76115 RSD-57-90. S 22/05/90.

<sup>135</sup> Sala III de la Cámara de Apelación de La Plata. P 76933 RSD -14-19 S 28/02/91.

<sup>136</sup> Voto del Dr. Mario Alberto Juliano en causa 3513-0130, Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea, 07/08/03, En Internet <<http://eldial.com>>, sitio consultado el 28 de octubre de 2007.

Por último, debe señalarse que conforme a la Constitución Nacional Argentina y en el marco del derecho penal liberal, para que haya delito debe existir “lesión” a un bien jurídico. Comúnmente se denomina a ello “principio de lesividad” (*nullum crimen sine iniuria*). Así, el art. 19 de la Constitución Argentina consagra el principio del derecho personalista cuya más importante expresión la tiene en el derecho penal con el llamado principio de lesividad<sup>137</sup>. Según expone Zaffaroni: “*mientras no hay una lesión no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber un delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse*”<sup>138</sup>.

En ese sentido, resulta interesante señalar lo expuesto en el voto en minoría del Dr. Juliano en una causa donde se juzgaba al titular de un local comercial que ofrecía a la venta copias de discos compactos de diferentes autores, oportunidad en la que sostuvo: “*...tengo para mí que los bienes jurídicos (máxime en los delitos de resultado como el que nos ocupa) sólo pueden ser lesionados en forma concreta y específica, es decir, vulnerando los derechos singulares de los cuales resultan titulares una o más personas físicas o jurídicas individualizadas o identificables. Lo contrario, conduciría al absurdo de sancionar conductas que lesionen a “las personas”, “al honor”, a “la integridad sexual”, y así sucesivamente con el catálogo punitivo, sin necesidad de especificar de qué modo en el caso concreto se ha producido la lesión que se denuncia*”<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>138</sup> ZAFFARONI, E. – ALAGIA, A. – SLOKAR, A., “Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 2002.

<sup>139</sup> Voto del Dr. Mario Alberto Juliano en causa 3513-0130, Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea, 07/08/03, en Internet <<http://eldial.com>>, sitio consultado el 28 de octubre de 2007.

## **V. Conclusión:**

Independientemente de la postura que uno adopte frente a la tendencia de criminalizar estas acciones, ya sea por considerar que se trata de conductas socialmente aceptadas o por considerar que alcanzan a configurar delito, debe señalarse que la legislación específica en la materia (Ley 11.723) resulta suficiente para proteger los Derechos de Autor de los artistas frente a los modernos mecanismos de distribución y difusión que se señalaron en el presente trabajo.

Tampoco debe descuidarse que la persecución iniciada principalmente por las grandes discográficas no cuenta con un respaldo masivo tanto de los propios músicos como de la sociedad en general y ello tiene que ver con la popularidad que ha alcanzado la utilización de archivos mp3 y redes P2P y con la falta de determinación de un perjuicio cierto y palpable.

En lo que respecta a las cuestiones penales y procesales señaladas, cabe remarcar que luego de analizar la metodología utilizada y reconocida de detección de usuarios de Internet que descargan archivos musicales, resulta sumadamente cuestionable la utilización de mecanismos que se asemejan a lo que la doctrina llama “agente provocador”, con la consiguiente violación de los derechos a la intimidad y a no ser obligado a declarar contra uno mismo, sumado al problema de determinar la tipicidad y autoría en este tipo de ilícitos y establecer una concreta lesividad a un bien jurídico.

## **Bibliografía:**

**20 MINUTOS**, en Internet <<http://www.20minutos.es>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.

**ACC DE LEY**, en Internet <<http://www.deley.wordpress.com>>, sitio consultado el 9 de octubre de 2006.

**AGUIRRE, M.**, "Tutela civil del derecho de autoría musical en Internet", DJ Doctrina, 2006-3.

**ALEGSA**, En Internet <<http://www.alegsa.com.ar>>, sitio consultado el 10 de octubre de 2007.

**ARES, J. L.**, "*Las reformas al sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Buenos Aires como respuesta al problema de la inseguridad*", Revista Costa Sud 13, Año VII, Diciembre de 2004.

**ARSTECHNICA**, en Internet <<http://www.arstechnica.com>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

**BACIGALUPO, E.**, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

**BANGEMAN, E.**, "*Judge: music labels have to prove sharing*", [www.arstechnica.com/news.ars/post/20061222-8488.html](http://www.arstechnica.com/news.ars/post/20061222-8488.html).

**BRAVO, D.**, "*Copia este libro*", 2005, de distribución gratuita en Internet.

**BRAZELL, L.**, "*Government finally implements copyright harmonization directive*", World Copyright Law Report del 08/03/2004.

**BULLARD, A.**, "*Reivindicando a los piratas. ¿es la propiedad intelectual un robo?*", <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/7>.

**CANCIO MELIA, M.**, "*Los orígenes de la teoría de la adecuación social*", Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.



**CAPIF**, en Internet <<http://www.capif.org.ar/default.asp>>, sitio consultado el 22 de noviembre de 2007.

**CARRARA, F.** (1.977), *"Programa de Derecho Criminal"*, Depalma, 1.977, 1ra. Edición, 1977.

**CARRIO, A.** (1.984), *"Garantías constitucionales en el proceso penal"*, Buenos Aires, Hammurabi, 5ta. Edición, 2007.

**CO-PEER-RIGHT**, en Internet <<http://www.co-peer-right-agency.com>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

**CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL**, en Internet <http://www.law.cornell.edu>, sitio consultado el 7 de agosto de 2007.

**D'ALBORA, F.**, *"Sobre la prueba ilícita en el proceso penal"*, Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, libro homenaje XXV aniversario, B. Aires, 1991.

**DE FEO, J.**, "Las nuevas posibilidades otorgadas por la tecnología en materia probatoria y la vigencia de las garantías constitucionales, a partir del caso "Argañaraz", [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 14/03/07.

**DERECHO.COM**, en Internet <<http://www.derecho.com>>, sitio consultado el 19 de agosto de 2004.

**DIARIO JUDICIAL**, en Internet <<http://www.diariojudicial.com>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.

**EFF**, En Internet <<http://www.eff.org>>, sitio consultado el 11 de octubre de 2007.

**EL DIAL**, En Internet <<http://www.eldial.com>>.

**ERROR 500**, en Internet <<http://www.error500.net>>, sitio consultado el 19 de agosto de 2007.

**FERNANDEZ DELPECH, H.** (2.001), *"Internet: su problemática jurídica"*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

**FERNANDEZ DELPECH, H.**, *“La reproducción de las obras intelectuales por los usuarios de Internet en la doctrina, en la legislación iberoamericana y a la luz de los últimos documentos internacionales”*, Número especial Derecho e Informática, LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, 25-II-2004.

**FERNANDEZ MOLINA, J.**, *“Protección tecnológica y contractual de las obras con derecho de autor: ¿Hacia una privatización del acceso a la información?”*, Ci. Inf., Brasilia, v. 32, n. 2, mayo/agosto 2003, p. 54, [www.ibict.br/cionline/320203/3220306.pdf](http://www.ibict.br/cionline/320203/3220306.pdf).

**FERRAJOLI, L.**, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

**FERRAJOLI, L.**, *“El derecho penal mínimo”*, Revista Poder y Control Nro. 0, Barcelona, PPU 1986.

**FRABEGAR, E.**, *“Por qué fracasó la persecución al usuario. Tiempos de “Gran Hermano”*, [www.cultura.gov.ar/lic/sic/hemeroteca/nota/nota.php?id=213](http://www.cultura.gov.ar/lic/sic/hemeroteca/nota/nota.php?id=213).

**FROMENT, C.**, *“El delito experimental y las garantías constitucionales”*, LA LEY 1996-D, 504.

**FUMIS, F.**, *“La utilización de modernas tecnologías en la persecución penal: su utilidad en la búsqueda de mayores índices”*, Revista Electrónica de Derecho Informático, Número 44.

**GODOY COTONAT, C.**, *“Facultades de verificación del Fisco: Art. 35 inc. g: Agente Fiscal Encubierto”*, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 14/08/07.

**GOMEZ, M.**, *“Las cámaras ocultas y el debido proceso penal. El “Gran Hermano” al acecho”*, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 08/02/2007”.

**GUARIGLIA, F.** *“El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación”*, LA LEY 1998-B, 371.

**GUZMAN DALBORA, J.**, *"El delito experimental"*, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 09/08/07.

**INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMACAO EM CIENCIA E TECNOLOGIA**, en Internet <<http://www.ibict.br>>, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

**LANDER, M.**, *"US is only the tip of pirated music iceberg"*, [www.nytimes.com/2003/09/26/technology/26MUSI.html](http://www.nytimes.com/2003/09/26/technology/26MUSI.html).

**LIBERTAD DIGITAL**, en Internet <<http://www.libertaddigital.com>>, sitio consultado el 29 de octubre de 2007.

**LOS 40**, en Internet <<http://www.los40.com>>, sitio consultado el 30 de abril de 2004.

**MANENT, M.**, *¿Es un delito descargarse música por Internet?*, [www.222.derecho.com](http://www.222.derecho.com). Octubre 2004.

**MUÑOZ CONDE, F. – GARCIA ARAN, M.**, *"Derecho Penal, Parte Gral."*, 4ta. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

**NUÑEZ BARBERO, R.**, *"El delito imposible"*, Salamanca (España), Universitas, 1963.

**NUÑEZ, R.**, *"Tratado de Derecho Penal"*, Lerner Ediciones, 1978.

**PAGINA 12**, en Internet <<http://www.pagina12.com.ar>>, sitio consultado el 21 de marzo de 2007.

**PARTIDO PIRATA ARGENTINO**, en Internet <<http://www.partido-pirata.com.ar>>.

**PARTIDO PIRATA ESPAÑOL**, en Internet <<http://www.partidopirata.es>>, sitio consultado el 12 de noviembre de 2007.

**PARTIDO PIRATA INTERNACIONAL**, en Internet <<http://www.pp-international.net>>, sitio consultado el 12 de noviembre de 2007.

**PIRATPARTIET**, en Internet <<http://www2.piratpartiet.se>>, sitio consultado el 15 de noviembre de 2007.

**POZZO, J.** “*Acciones contra usuarios particulares de Internet por la utilización de archivos musicales*”, publicado en LA LEY el 01/06/2006.

**REVISTA ROLLING STONES.**

**RIAA**, en Internet <<http://www.riaa.com>>, sitio consultado el 28 de octubre de 2007.

**RIQUERT, M.**, “*Protección penal de la intimidad en el espacio virtual*”, EDIAR, Buenos Aires, 2003.

**ROCA SALES, M.**, “Derecho de propiedad intelectual e Internet en España. Materiales para un debate informado”. En Internet: <http://www.portal.uoc.edu/west/media/F-1469-1495.pdf>.

**ROXIN, C.**, “*Derecho Penal - Parte General*”, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

**ROXIN, C.**, “*Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal*”, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VII, Numero 12, Ad-Hoc. 2001.

**RUDI, D.**, “*El agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*”, Publicado en LA LEY Gran Cuyo 2005 (agosto).

**SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACION**, En Internet <<http://www.cultura.gov.ar>>, sitio consultado el 14 de abril de 2007.

**SIERRA, H.**, “La tentativa inidónea o el delito imposible”, La Ley, 1975-B, Pág. 1099 y ss.

**SIERRA, H. – CANTARO, A.**, “*Lecciones de Derecho Penal*”, Bahía Blanca, Ed. U.N.S., 2005.

**SINGH, A.**, “France takes steps to implement copyright harmonization directive”, World Copyright Law Report del 05/04/2004.

**THE EUROPEAN UNION ON-LINE**, En Internet <<http://www.europa.eu.int>>, sitio consultado el 10 de mayo de 2006.

**THE NEW YORK TIMES**, en Internet <<http://www.nytimes.com>>, sitio consultado el 21 de julio de 2007.

**THE PIRATE BAY**, en Internet <<http://www.thepiratebay.org>>, sitio consultado el 11 de noviembre de 2007.

**UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA**, en Internet <<http://www.uoc.edu>>, sitio consultado el 2 de agosto de 2007.

**UNIVERSITY OF CALIFORNIA**. Escholarship Repository, en Internet <<http://repositories.cdlib.org>>, sitio consultado el 20 de agosto de 2007.

**VGROUP**, en Internet <<http://www.vgroup.com.ar>>, sitio consultado el 10 de octubre de 2007.

**VIBES, F.**, “*La protección del derecho de autor en el ámbito digital (con especial referencia al intercambio de archivos musicales y audiovisuales en Internet)*”, LA LEY 09/08/2004, 1.

**VIBES, F. – ALESINA, J.**, “*El caso "Napster" ¿Un fallo paradigmático?*”, LA LEY 2001-D, 165.

**VIBES, F.**, “*La protección del derecho de autor en el ámbito digital (con especial referencia al intercambio de archivos musicales y audiovisuales en Internet)*”, publicado en LA LEY el 09/08/2004.

**ZAFFARONI, E.-ALAGIA, SLOKAR**, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, Buenos Aires, Ediar, 2002.

## **Anexo I. Legislación:**

### **a. Argentina**

- Constitución Nacional.
- Ley 11.683.
- Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.
- Ley 19.963: ratifica el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas.
- Ley 23.741 modificatoria de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley 23.921: aprueba la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (B.O., 24-IV-1991).
- Ley 25.140: ratifica el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).

### **b. Ecuador**

- Ley 83 de Propiedad Intelectual.

### **c. Perú**

- Decreto Legislativo 822.

### **d. Tratados Internacionales**

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Firmada en Roma el 26/10/1961.
- Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas (WPPT).
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).

## **Anexo II. Resoluciones judiciales:**

### **a. Argentina**

- ***Corte Suprema de Justicia de la Nación.***
- Fallos CS 313:1305, LA LEY, 1991-B, pág. 189.
- Fallos CS 308-733 --La Ley, 1986-C, 396.
- Fallos CS 17-IX-87, LL, 28-IV-88.
- Fallos CS 19 de noviembre de 1987, LL, 28 de abril de 1988.
- Fallos CS 46° 36.
- Fallos CS 303:1938 --La Ley, 1982-D, 225--.
- Fallos CS 305:1752.
- ***Cámara Nacional de Casación Penal***
- *"Schroeder, Juan Jorge y otros s/falsificación de documento", Sala II, C. 14.914, Reg. 16519, 10 de junio de 1999.*

**- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal***

*"Levy, Gustavo R."*, Sala I, C. 111.844, 19/07/1997.

**- *Camara de Apelaciones de La Plata***

P 76933 RSD -14-19 S 28/02/91.

P 76115 RSD-57-90. S 22/05/90.

**- *Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea***

causa 3513-0130, del 07/08/03

**b. España**

**- *Juzgado de Paz N° 3 de Santander.***

Causa 1554, S 14, Jul. 2.006.