



15000000802385
Zona

CC Sala **1**

Fecha de emisión de la Cédula: 05/mayo/2015

Sr/a: NAKAYAMA ALBERTO, CARLOS ALBERTO BERALDI

Tipo de domicilio

Domicilio: 20134306654

Electrónico

Carácter: **Notificar en el día**
Observaciones Especiales: **Sin Asignación**
Copias: **S**

15000000802385

Tribunal: CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1 - sito en Viamonte 1147 1°
Piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hago saber a Ud- que en el Expte Nro. **21964 / 2014** caratulado:
IMPUTADO: NAKAYAMA, ALBERTO Y OTROS s/INFRACCION LEY 11.723 DENUNCIANTE: MINISTERIO PUBLICO DE LA NACION C-10, . Y OTRO
en trámite ante este Tribunal, se ha dictado la siguiente resolución:

Queda Ud. legalmente notificado

Fdo.: DANIEL ESTEBAN BERMÚDEZ, Prosecretario Administrativo - Ujier



15000000802385



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

///nos Aires, 5 de mayo de 2015.-

AUTOS Y VISTOS:

Abogados a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Fernando Soto, parte querellante en representación de Maria Kodama, contra el auto obrante a fs. 257/262 por cuanto allí se decretó el sobreseimiento de Alberto Nakayama, Matías Botbol, Hernán Botbol, Agustina Marquiegui Mc Loughlin y Claudio Arnaldo Pellini, por aplicación del art. 336 inc. 3 del CPPN.

A la audiencia celebrada el pasado 23 de abril, compareció a expresar agravios el Dr. Soto, así también y para sostener la decisión del *a quo*, los Dres. Carlos Alberto Beraldi en representación de sus asistidos Botbol, Nakayama y Marquiegui y Juan Seco Pon, como defensor oficial de Claudio Arnaldo Pellini.

Tras el debate, se dictó un intervalo para deliberar y decidir. Cumplido ello, el tribunal resolvió conforme a continuación se detalla.

Y CONSIDERANDO:

Antecedentes del caso

Del detalle obrante en la decisión en examen, surge que la presente causa tuvo su inicio a partir de la actuación del fiscal general Ricardo Sáenz bajo las previsiones del art. 26 de la ley 24.946 y de las resoluciones PGN 121/06 y 119/10 (cfr. fs. 101), al recepcionar el 15 de octubre de 2013 la denuncia efectuada por la Sra. Maria Kodama en su carácter de única y universal heredera de los derechos de propiedad intelectual del autor argentino Jorge Luis Borges. Con tal legitimación compareció la denunciante a fs. 100 y ratificó en todas sus partes el escrito de f. 83/99 y la documentación acompañada a fs. 1/82.

La documentación presentada en la denuncia consiste en la constatación notarial de la presunta comisión de diversos delitos de violación a la propiedad intelectual relativa al autor de cita.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

A fs. 1 obra el Acta de Constatación e inserción labrada por escritura pública nro. 18 pasada el 28 de junio de 2010 ante la notaria María Eugenia Vidaurre: se pudo acreditar la existencia de numerosos sitios *web* desde donde se reproducía o se facilitaba la reproducción de textos íntegros de obras de Jorge Luis Borges. En dicho instrumento se dejó constancia que el método para dar con los sitios fue la introducción de las voces “Borges obras completas” en el buscador de la página de Yahoo! Argentina (<http://ar.yahoo.com>), presionando luego el recuadro “buscar” y luego “páginas de Argentina”.-

Del resultado de esa búsqueda se constató la existencia de la dirección “taringa.net/tags/Obrascompletas-”, correspondiente al sitio web “Taringa”. La escribana Vidaurre verificó que, al ingresar allí e insertar en el buscador de la página la palabra “Borges”, aparece una lista de archivos entre los cuales se comprobó la reproducción no autorizada del cuento “Funes el Memorioso” (cfr. fs. 3 vta./4vta.).

El acta notarial de fs. 1/2 vta. también da cuenta de la constatación pero en este caso del sitio web “Portal Planeta Sedna” (www.portalplanetasedna.com.ar) ubicado por la búsqueda efectuada en Yahoo. En la dirección de este sitio con la extensión “/escritores_hoy.htm”, aparece una página con la foto de Jorge Luis Borges con el texto “ver los libros”, que al clicar sobre él aparecen las obras del autor. La escribana Vidaurre pudo constatar la reproducción íntegra en ese sitio web del cuento “El disco”, de J. L. Borges, lo imprimió y adjuntó al acta notarial de fs. 6/7.-

Que la constatación notarial de fs. 9/10 vta., labrada por la escritura nro. 19 del 28 de junio de 2010, certifica los mismos resultados obtenidos a través del buscador Google, verificando la escribana tanto el contenido de los sitios antes mencionados como la impresión completa de ambos, a fs. 11vta./12vta.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

La diligencia notarial también verificó que en los sitios “www.tipete.com”, y “www.taringa.net” existía una vinculación hacia los sitios “4shared.com” y “www.megaupload.com”, desde donde pudo descargarse diversos textos de Borges, aclarándose en los puntos III 5) y V A) 3) de la presentación de Is. 83/99 vta. que esos sitios habrían sido dados de baja en Estados Unidos luego de la investigación en el conocido caso judicial “Megaupload” iniciada por el FBI por los delitos de conspiración, violación a las leyes de propiedad intelectual y lavado de dinero por la comercialización ilegal de contenido protegido por las leyes de autor.-

Que del punto III 7) del escrito de denuncia, surge que luego de las constataciones notariales de la violación a los derechos de propiedad intelectual de la denunciante, y comprobándose que desde los sitios “Google y “Yahoo” se podían acceder a distintas páginas de internet de donde se podía descargar la obra intelectual de Jorge Luis Borges, el letrado apoderado de la Sra. Kodama, Dr. Fernando Soto, le solicitó a la escribana Vidaurre que se constituya en las sedes de las oficinas que los buscadores “Google” y “Yahoo” tienen en nuestro país, a fin de requerirles el inmediato cese de las publicaciones.-

Las actuaciones notariales obrantes a fs. 28/29 y 30/31 dan cuenta del requerimiento efectuado en las oficinas de las firmas “Google” y “Yahoo”, notificándoles los constataciones efectuadas previamente e intimándolas a la supresión de todas las páginas web desde las cuales se reproduce o se ofrece descargar cualquiera de los textos de autoría de Jorge Luis Borges, y en especial los sitios de internet identificados con la “URL” completa que se les hizo saber expresamente en esa diligencia.-

Que ante lo narrado, el Dr. Ricardo O. Sáenz dispuso la apertura de la Investigación Preliminar correspondiente, ordenándose la realización de diversas diligencias probatorias, tras lo cual arribó a las siguientes conclusiones que plasmó en su dictamen de fs. 182/186:



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

“17) Que ha quedado demostrado con el grado de convicción suficiente para esta etapa de Investigación Preliminar que los sitios referidos efectúan o facilitan la reproducción de obras de Jorge Luis Borges sin ninguna autorización de la titular de los derechos de propiedad intelectual, la denunciante María Kodama, en violación a las normas de propiedad intelectual previstas en la ley 11.723...”

“La reproducción de la obra de Jorge Luis Borges en el sitio web ‘Taringa’ es parte de un emprendimiento comercial de gran envergadura. No se trata de un sitio realizado por estudiosos de la obra de Borges, ni se advierte un objeto intelectual o periodístico, sino más bien que nos encontramos en presencia de un negocio donde la reproducción ilegal de la obra intelectual ajena es uno de los medios para lograrlo. Ese negocio abarca el inmenso volumen de tráfico web generado por los ‘post’ o aportes de usuarios, lo que a su vez genera en ‘Taringa’ una importante comercialización de publicidad con enormes ganancias, ya que a cuanto más visitas tiene un sitio, más cara es la publicidad del sitio.

En las impresiones agregadas con la denuncia de origen se observa que en el sitio web de Taringa hay publicidad de empresas y organismos destacados como ‘Frávega’, ‘Telam’, ‘Despegar.com’, etc. Dado la enorme cantidad de publicaciones de textos íntegros de la obra literaria de Borges e incluso de la reproducción ilegal completa de sus libros, es dable concluir que los responsables de ‘Taringa’ sostienen este tipo de tráfico web ilegal porque, de ese modo, obtienen un lucro indebido generado por la violación constante y sistemática a la propiedad intelectual”

“A igual conclusión cabe arribar respecto de ‘Portal Planeta Sedna’, ya que como se explica en el punto V B) 4) del escrito de fs.83/99, este sitio contiene un sistema de “Descarga Premium” de libros de Borges donde existe un recuadro para escribir un número de teléfono celular para recibir un código de descarga. El usuario de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

ese sistema de 'Descarga Premium' abona una suma mensual que el sitio cobra por brindar este 'servicio'". -

En el considerando 18°) del decreto de fs. 182/186 se sostuvo que *"...las actuaciones penales en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal N°26 publicadas en el sitio oficial de CIJ darían cuenta que los responsables legales del sitio 'Taringa' serían Alberto Nakayama y los hermanos Matías Botbol y Hernán Botbol, circunstancia que, una vez debidamente certificada, fundaría también su responsabilidad en esos hechos. La investigación judicial que se propicia deberá abarcar también al titular actual de www.taringa.net informado por la División Delitos Tecnológicos."*

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

Análisis del recurso

Tras el debate, y confrontados que fueran los agravios del recurrente con las actas escritas que tenemos a la vista, el tribunal arriba a la conclusión que la decisión en revisión debe ser homologada.

Ello así por cuanto la defensa centró su posición en descalificar la aplicación al caso del antecedente dictado por la Sala V el 28/10/2013 en la causa nro. 13.630-12 **"P.L. y otros"**, toda vez que a su juicio la situación de "youtube" allí analizada no se podía trasladar a "Taringa" ni a "Planetasedna", en tanto en la primera se suben videos y no archivos, y la cantidad de intervenciones o intercambios es abismal frente al tráfico en estas últimas. Además, destacó que en ese fallo la posición adoptada respecto de "Youtube" no era de aplicación para el caso de "Taringa", pues en ésta se intercambian archivos que perjudican los derechos de terceros. Por lo demás, insistió en que se trata de un sistema basado en la reproducción ilegal



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

de obra ajena, que deja cuantiosas ganancias mediante la publicidad que obtienen a raíz de la intensidad del intercambio. Que tal posición ha sido la aplicada por la Sala IV del tribunal en la causa nro. 41.189 (que a su vez hace referencia a otro precedente nro. 32190 con diversa integración de Sala), en donde se encuentran imputados los titulares de Taringa, siendo que la causa en cuestión cursa la etapa de juicio.

Por su parte, el Dr. Beraldi destacó que tras la jurisprudencia mencionada por el recurrente, se produjo una evolución en ese ámbito como así también en la legislación en la materia, y destacó lo dicho por la CSJN en el fallo “**Rodríguez, Belén**” del 28 de octubre de 2014.

Asimismo, hizo hincapié en dos cuestiones, la primera que la propia plataforma de “*Taringa*” tiene un canal de denuncia a través del cual quien considere que se la esté utilizando de manera irregular puede denunciarlo, y constatados los extremos se procede a dar de baja al contenido denunciado; la restante, relativa a la inexistencia de una obligación de control *ex ante* de lo que el usuario intenta subir a la página *web*. Por otro lado, destacó que al tiempo de formularse la denuncia ya no se pudo constatar sus extremos (citó fs. 111, 117, 125), como así también que en el caso de Agustina Marquiegui Mc Loughlin no es titular de “*Taringa*” sino que se trata de su abogada. En otro orden, solicitó se le impongan las costas a la querella.

El Dr. Seco Pon, a su turno, recalcó que la página web de su asistido no tiene publicidad, no hay beneficio económico alguno y que, eventualmente, serían en los *links* que allí se direccionan y no en su página donde ésta aparece. Además, señaló que en la hipótesis del recurrente cualquier buscador de internet podría ser acusado de este delito, y sin embargo, ello no sucede. De otra parte, consideró que no correspondía el tratamiento del recurso de la querella porque el fiscal de grado había solicitado la desvinculación de los imputados, y la querella en solitario no podía avanzar.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

Luego, las réplicas y el dictado de un intervalo para deliberar y decidir. Cumplido ello, el tribunal arribó a la conclusión que a continuación se detalla.

Efectivamente, como lo adelantara el Dr. Beraldi, tras el fallo citado por la defensa de 2011 (41.181 www.taringa.net y otros de la Sala VI), se han dictado otros en sentido contrario, hasta que la propia CSJN trató la temática en examen vinculada estrechamente con la libertad de expresión (el 28 de octubre de 2014). Si bien lo hizo con relación al buscador “Google” y sobre imágenes como lo resaltó el Dr. Soto en la audiencia, sí se refirió a la problemática que subyace en rededor de los “motores de búsqueda” -y que resulta de aplicación al caso bajo estudio- tanto en el marco de la *ratio decidendi*, como a modo de *obiter dictum* a partir del considerando 18.

En ese sentido, el máximo tribunal sostuvo que no correspondía aplicar reglas diversas al “buscador de imágenes” y al de “textos” -como intentó el recurrente diferenciar en su elocución-, porque ambos enlazan a contenidos que no han creado. Se trata, en definitiva, de un mero intermediario cuya única función es servir de enlace (Considerando 20 y 21). Y, en cuanto a su funcionamiento, afirmó que los “buscadores” no tienen una obligación general de vigilar o monitorear los contenidos que se suben a la red y que son preveídos por los responsables de cada una de las páginas web, por lo que, en principio, son irresponsables por esos contenidos que no han creado (Considerando 15 y 16).

La única obligación que sí se identifica en cabeza de éstos aparece cuando hayan tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de un contenido que le es ajeno y no adopten una actitud diligente al respecto, esto es, bloquearlo (Considerando 17). Sin embargo, en el caso en estudio no fue controvertido que los contenidos cuestionados por la querrela habían sido dados de baja, a la luz de lo actuado en el incidente de medidas cautelares.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

Por lo demás, esta línea de interpretación del máximo tribunal no es otra que la que se desprende del informe “Libertad de Expresión e Internet de la Comisión interamericana de Derechos Humanos”, del 31 de diciembre de 2013, citado en su fallo.

En definitiva, los cuestionamientos que se le formulan a “Taringa” y a “Portalplanetasedna” encuentran respuesta en la interpretación que ha realizado la corte en el fallo de cita, en tanto los contenidos cuestionados por la querrela se ubicaban a través de *links* direccionados por las páginas denunciadas, es decir, que no eran parte del contenido de éstas, sino material ajeno. Por lo que no se verifica una conducta positiva de reproducción ilegítima de obra ajena, ni una violación al deber objetivo de cuidado en tanto, como se adelantó, no existe una obligación de verificar *ex ante* el material de intercambio, sino posteriormente cuanto éste resulte denunciado.

En esa línea, ya en 2006 esta Sala -con otro integración- sostuvo en un caso en el que se le imputaba al dueño de un local la reproducción de obras musicales y juegos sin la autorización de sus autores o derecho habientes, mediante el ofrecimiento al público del acceso a las computadoras conectadas a internet instaladas en su local desde las cuales los clientes podían bajar de la red informática las citadas obras, abonado una suma de dinero por uso de las máquinas, que “...no parece que el ordenamiento positivo le imponga al imputado una especial posición de garante sobre el empleo que podían hacer los clientes de la tecnología que él facilitaba mediante el cobro de una suma dineraria (...), el ordenamiento positivo no le impone un deber especial de controlar, como fuente de riesgo de los derechos intelectuales, el uso que sus clientes hacían de la tecnología que rentaba.” (causa nro. 27.721 “**Medina**” rta. 27/3/2006.)

De otra parte, y aun cuando lo expuesto sella la suerte del caso, es de señalar, que las ganancias producto de la publicidad referenciadas por el recurrente, no constituyen en una eventual



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 21964/2014/CA1

Botbol, Hernán y otros

Sobreseimiento

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

maniobra defraudatoria el desplazamiento patrimonial requerido por la norma, en tanto lo que la víctima -titular de los derechos de propiedad intelectual- sufre, en todo caso, es el lucro cesante por las sumas que en base al derecho de autor se habrían dejado de percibir por el acceso gratuito habilitado (cfr. voto Bruzzone en el fallo Sala V, “**P.L. y otros**” rta. 28-10-13).

Finalmente, y más allá que lo expuesto permite homologar la desvinculación propiciada por el juez de grado, en el caso particular de la imputada Agustina Marquiegui Mc Loughlin no fue controvertido el hecho de que resultaría abogada de “*Taringa* “ y no su propietaria.

Por las razones expuestas, los agravios del recurrente no alcanzan a desvirtuar la decisión de grado, la que habrá de ser homologada, y en función a los antecedentes de esta Sala “**Abdelnabe**” (causa nro. 36.269, rta.: 21/08/2009) y “**Puente**” (causa nro. 36.397 rta. ”8/9/2009) como respuesta a lo argumentado por el Dr. Seco Pon en el marco de la audiencia.

Y, en cuanto a las costas de esta alzada, toda vez que no surgen elementos para apartarnos de la regla general que rige en la materia, máxime teniendo presente que el fiscal general Dr. Sáenz no acompañó en esta instancia la apelación de la querrela, corresponde su aplicación a la parte vencida.

En virtud de todo lo manifestado, el tribunal **RESUELVE: CONFIRMAR**, con costas de alzada, la decisión obrante a fs. 257/262 en cuanto fuera de recurso, art. 455 del CPPN.

Notifíquese y devuélvase a la instancia de origen. Se deja constancia que la jueza Mirta López González no interviene en la presente por encontrarse cumpliendo funciones a la fecha de la audiencia en la Sala V del tribunal, e informadas las partes acerca de la integración del tribunal nada objetaron.

Sirva la presente de muy atenta nota de remisión.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 21964/2014/CA1
Botbol, Hernán y otros
Sobreseimiento
Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 48

Luis María Bunge Campos Jorge Luis Rimondi

Ante mí:

Silvia Alejandra Biuso

Secretaria de Cámara

En / / se libraron () cédulas. CONSTE.-