

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## El derecho moral. Marco conceptual

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II

**FECHA:** 2-4-2004

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Biblioteca Jurídica Online, por <http://www.eldial.com/>. Referencia AA2300

**OTROS DATOS:** De Simone D. y Záchera, V. Recurso de Casación

### SUMARIO:

*“El concepto de propiedad intelectual ... abarca algo más que el valor pecuniario y ello es precisamente el derecho a la paternidad o incolumidad de las obras del espíritu, tanto o más digno de protección que el primero”.*

*“... resulta innegable que el autor de una obra -cualquiera sea su tipo- tiene derecho sobre ella a partir del momento mismo en que da comienzo a su creación, esto es a su nacimiento”.*

**COMENTARIO:** El derecho de autor tiene una estructura compleja, pues en él se integran facultades de orden moral que tutelan los intereses afectivos o personales del autor y de carácter patrimonial, éstos que reconocen al creador la facultad exclusiva de autorizar el uso de su obra por cualquier medio o procedimiento y de obtener por ello un beneficio. En cuanto a las primeras, si bien algunas leyes nacionales prefieren utilizar la expresión *“derechos de carácter personal”* o de *“orden personal”* (España, Portugal), *“derecho al respeto”* (Bélgica) o *“derechos de la personalidad del autor”* (Alemania), la mayoría de los textos legales de los países latinoamericanos (como es la tendencia más común en el Derecho Comparado), usa la denominación *“derecho moral”* o *“derechos morales”*. El derecho moral, por su propia naturaleza, es inalienable, irrenunciable, inembargable e imprescriptible y, conforme a muchos ordenamientos, también perpetuo. Como regla general, el derecho moral comprende el derecho de divulgación o al inédito, el derecho de paternidad del autor y el derecho de integridad de la obra y, conforme a varias leyes nacionales, también el de *“retracto”* o de *“arrepentimiento”*. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

### TEXTO COMPLETO:

*En la Ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de abril del año dos mil cuatro, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el Dr. Pedro R. David como Presidente y los Dres. Raúl R. Madueño y Juan E. Fégoli, como vocales, asistidos por la Secretaria, doctora Liliana Amanda Rivas, a los efectos de resolver el recurso interpuesto*

*contra la resolución de fs. 214/215 vta. del principal de la causa n° 4861 del registro de esta Sala, caratulada: “De Simone, Daniel Eduardo y Záchera, Victor Ernesto s/recurso de casación”, representado el Ministerio Público por el Señor Fiscal General doctor Pedro Narvaiz, la defensa particular por el doctor Modestino Pizarro Miguens y la querrela por el doctor Héctor Rubén Ramírez.//-*

*Habiéndose efectuado el sorteo para que los*

señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Juan Edgardo Fégoli y en segundo y tercer lugar los doctores David y Madueño, respectivamente (fs. 66)).-

El señor juez doctor Juan E. Fégoli dijo:

I-

1º) La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad resolvió confirmar el pronunciamiento de fs. 181/186 vta. en cuanto sobreseyó a Daniel Eduardo Desimone y a Victor Ernesto Zácherá (fs. 215).-

Contra dicha decisión el doctor Joaquín Ramón Gaset, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, interpuso recurso de casación a fs. 1/7 vta. el que concedido a fs.27, fue mantenido a fs. 39.-

2º) Que el recurso de casación lo estimó procedente en virtud de lo establecido en el art. 456, inc. 1º del C.P.P.N.-

Afirmó en primer término que, para confirmar la resolución de primera instancia, el a quo expresó que la conducta atribuida a los imputados resultaba atípica por carecer de los elementos requeridos por el tipo objetivo ello así toda vez que las fotografías que habrían sido objeto material del delito no cumplieron con los recaudos exigidos por la norma legal que ampara a esta clase de obra;; expresaron al respecto que la ley era clara en cuanto exigía la inscripción sobre la obra fotográfica de la fecha, el lugar de publicación y el nombre o la marca del autor o editor, siendo que dicho incumplimiento no () daba lugar a la acción penal prevista en la ley para el caso de reproducción de dichas obras -art. 1º de la Ley 20.006 que sustituyó el texto original de la Ley 11.723- (fs. 4 vta.).-

También se sostuvo en el decisorio, prosiguió, que la ratio legis del requerimiento de tal formalidad podía encontrarse en la modalidad del empleo de fotografías en diarios, revistas, noticias, etc., lo que determinaba que en muchas ocasiones el usuario no tuviera conciencia de que se trataba de una obra protegida máxime si la protección se vinculaba con la apreciación subjetiva del contenido

artístico y por ello no podía representarse que al reproducirla cometía un acto ilícito reprochado penalmente; expresaron en conclusión que de las fotos sacadas por Domingo Pitrelli y que habrían sido presentadas a las autoridades del complejo para su evaluación, no surgían los recaudos formales exigidos por la figura penal analizada, con lo cual, la conducta atribuida a los imputados no podía ser pasible de reproche penal alguno (fs. 4 vta.).-

Reseñado lo precedente adujo no compartir las apreciaciones formuladas en el fallo atacado y alegó que a su entender se ha interpretado incorrectamente el art. 72 inc. a) de la Ley 11.723 de cuyo texto se desprende que las acciones típicas de edición, venta o reproducción pueden recaer sobre dos tipos de obras distintas: las inéditas o las publicadas; apreciar esta distinción tiene, a su criterio, particulares efectos pues resulta evidente que los derechos que la ley protege en relación con las obras inéditas son diferentes a los que ampara en relación con las obras publicadas, se trata por ende de tipos alternativos que por proteger diferentes aspectos de los derechos de propiedad intelectual poseen requisitos típicos diferentes (fs. 5 vta.).-

En el presente caso, puntualizó, nos encontramos frente a una obra inédita por lo que cabe analizar si lo dispuesto por el art. 34 de la Ley 11.723 resulta aplicable tanto a las obras inéditas como a las publicadas o sólo a estas últimas; de la lectura de su texto, insistió, surge claramente que el legislador en todo momento se refiere a obras ya publicadas y las razones enumeradas por el a quo pierden todo sentido si nos referimos a las inéditas y ello por la sencilla razón de que las obras inéditas no están "en el mercado" al alcance de cualquiera sino que permanecen en el ámbito privado del artista. Por otra parte cabe señalar que los alcances otorgados al art. 34 en la resolución atacada, vale decir, su aplicación a obras inéditas tornan irrazonable la regulación legal que requeriría un presupuesto -indicación de la fecha de publicación- que no ha tenido lugar (fs. 6vta.).-

Por otra parte, refirió, dar a conocer las fotografías a personas determinadas no es publicarlas en el sentido legal pues este

concepto se relaciona íntimamente con el de publicidad que requiere que la obra se haga conocer de tal forma que llegue a noticia de todos (fs. 7).-

Para finalizar entendió que resulta perfectamente aplicable al caso de reproducción sin autorización de unas fotografías inéditas lo dispuesto por el art. 73 inc. a) de la Ley 11.723 aún cuando en los elementos que se utilizaron para realizar dicha reproducción no conste la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor, requisitos éstos que establece la ley de propiedad intelectual para otorgar protección penal sólo a las obras fotográficas dadas previamente a publicidad (fs. 7).-

3º) Durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem el señor Fiscal de Cámara, doctor Pedro Narvaiz, presentó el escrito glosado a fs. 50/51 vta., en tanto la querrela hizo lo propio a fs. 52/53.-

4º) Que a fs. 66 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N.-

II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc. 1º del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva; además el pronunciamiento mencionado es apelable en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del C.P.P.N.-

III-

Con relación al tema sometido a esta inspección casatoria tuve ocasión de pronunciarme en los autos: "Blaustein, David s/recurso de casación", causa n° 3105, reg. n° 4118 del 23/5/01.-

En aquella ocasión y frente a un planteo similar -aunque relativo a la posibilidad de proteger penalmente una obra literaria que aún no se encontraba registrada- afirmé que el derecho de autor de una obra nacía cuando ésta se materializaba obviamente y para el caso de la fotografía mediante su revelado. Dicho en otros

términos, ello acontece cuando se ha ejercido plenamente el derecho moral a la paternidad. Por consiguiente y en mi opinión el cumplimiento o no de los requisitos establecidos por el art. 34 de la Ley 11.723 - texto según Ley 25.006- no resultará decisivo a la hora de tutelar penalmente los derechos protegidos por esta ley; su observancia en tal caso constituirá una presunción juris tantum de propiedad que entrará en juego cuando el derecho a la paternidad de la obra sea impugnado o controvertido circunstancia ésta que no aconteció en la especie, conforme se desprende de las propias constancias de la causa (cfr. fs. 32/33 y 43 del principal).-

Por lo demás y tal como lo señala el recurrente el inciso a) del art. 72 de la Ley 11.723 contempla como hipótesis punible la edición, venta o reproducción por cualquier medio o instrumento de "obras inéditas" o sea de obras que no han observado los requisitos previstos en la ley por no encontrarse en situación de hacerlo dada su falta de publicación.-

Es que lo que la ley persigue mediante la incriminación jurídico penal, no es fundamentalmente la protección de los derechos pecuniarios del autor, sino su derecho moral sobre la obra y es obvio que este derecho existe más allá de la observancia de los requisitos. A diferencia de lo que ocurre con el derecho pecuniario, el ejercicio y la defensa del derecho moral, no pueden ni deben quedar sujetos al cumplimiento de tales formalidades.-

El concepto de propiedad intelectual, debo insistir, abarca algo más que el valor pecuniario y ello es precisamente el derecho a la paternidad o incolumidad de las obras del espíritu, tanto o más digno de protección que el primero (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional in re: "Carchano" del 20/10/61 publicado en L.L. Tomo 109, pág. 633; "Mancera" del 28/7/67 publicado en L.L. Tomo 128, pág. 776 y "Waizer" del 30/3/71 publicado en L.L. Tomo 145, pág. 298, entre otros).-

En mi opinión resulta innegable que el autor de una obra -cualquiera sea su tipo- tiene derecho sobre ella a partir del momento mismo en que da comienzo a su creación, esto es a su nacimiento.-

*En definitiva de ese derecho -potestad- que el autor tiene sobre su obra surge su legitimidad para ejercer la acción en sede penal, pues siguiendo a Ihering lo sustancial del derecho subjetivo reside en la utilidad que brinda al hombre; de ahí su conocida definición según la cual "los derechos son intereses jurídicamente protegidos, el derecho es la seguridad del goce".-*

*Aclarado ello réstame afirmar que, si bien es cierto que el sentenciante tiene potestad soberana para ordenar, seleccionar y valorar los elementos de convicción que estime pertinentes para verificar los extremos requeridos por la figura típica de que se trate - en este caso la de reproducción de una obra fotográfica sin autorización de su autor- no lo es menos que esa libertad no puede ser arbitrariamente utilizada, como ocurriría en el caso de que omitiera incorporar pruebas pertinentes a la controversia y causalmente idóneas para modificar -de acuerdo a las reglas de la lógica jurídica- la solución a que se arribó en el decisorio atacado.-*

*Teniendo ello presente estimo que, frente a la falta de producción de alguna diligencia probatoria -en el presente caso la declaración indagatoria de la Sra. Betty Ferro de Cavallieri solicitada reiteradamente por el Sr. Fiscal de Instrucción (cfr. fs. 85/172)- tendiente a verificar la posible consumación del delito previsto y reprimido por el art. 72, inc. "a" de la Ley 11.723, el sobreseimiento decretado en las presentes actuaciones resulta prematuro.-*

*Es que, tal como lo sostuve al pronunciarme in re: "Scaglia, Marcelo R y otros s/recurso de casación", reg. n° 3152 del 22/3/00; "Vera, Hugo César s/ recurso de casación", reg. n° 3183 del 7/4/00 y "Moltrasio, Ricardo s/recurso de casación", reg. n° 3838 del 15/2/01;; "Salvatierra, Eduardo s/recurso de casación", reg. n° 5224 del 16/10/02 y "Luna Alurralde, María s/recurso de casación", reg. n° 5494 del 6/3/03 [Fallo en extenso: eIDial - AA174E], una decisión adoptada en esas condiciones no satisface adecuadamente el principio lógico de*

*razón suficiente y tal situación provoca su inevitable nulidad por aplicación de la norma contenida en el art. 123 del C.P.P.N.-*

*IV-*

*Por todo lo expuesto propicio hacer lugar al recurso de casación deducido por el fiscal a fs. 1/7 vta., sin costas, casar la resolución obrante a fs. 214/215 vta. del principal y remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad a fin de que tome razón de lo aquí resuelto y envíe la presente causa al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 49 -Sec. N° 169- para que prosiga con su sustanciación. Tal es mi voto.-*

*Los señores jueces Pedro R. David y Raúl Madueño dijeron:*

*Que adhieren al voto del distinguido colega que lidera este Acuerdo.-*

*En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal RESUELVE: Hacer lugar al recurso de casación deducido por el fiscal a fs. 1/7 vta., sin costas, casar la resolución obrante a fs. 214/215 vta. del principal y remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad a fin de que tome razón de lo aquí resuelto y envíe la presente causa al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 49 -Sec. N° 169- para que prosiga con su sustanciación (arts. 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).-*

*Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.-*

*FDO. Dr. Juan E. Fégoli - Dr. Pedro R. David - Dr. Raúl Madueño.-*