

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

El dolo. Apreciación en concreto. Descargas por Internet. Comercialización de reproducciones.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Tribunal Oral en lo Criminal N° 10 de la Capital Federal

FECHA: 22-9-2003

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en “La Ley”, 2004-A, 4

SUMARIO:

“... puede considerarse suficientemente explicitado y, por ende, rebatido el concepto erróneo que proviene de considerar que, por tomar de un sitio de Internet, en base a un procedimiento posible desde el punto de vista técnico, y por encontrarse disponible el contenido del producto que se obtiene de esta manera, no encuentra adecuación típica la conducta descrita, pues está claro que encuadra perfectamente en las previsiones de los arts. 71 y 72, inc. a) de la ley 11.723¹, y en ambas figuras se encuentra presente el dolo, actuando el sujeto que las vulnera, a sabiendas que se está generando un evidente e ilícito perjuicio ...”.

“Por ello, y teniendo especialmente en cuenta las características de la propiedad intelectual, en muchas oportunidades el dolo consistirá en que, de acuerdo con las particularidades del caso, el infractor haya podido representarse que su accionar era ilícito y, no obstante, haya obrado asumiendo el resultado de su conducta”.

“Esto, sin dudas, es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa, pues ... -por su condición de técnico- no podía desconocer que la obtención del contenido editado para su comercialización posterior, constituía un hecho ilícito”.

[...]

“Es razonable pensar entonces que, quien actúa del modo en que lo hizo el imputado, desafía la posibilidad de padecer un reproche legal como el que nos ocupa, y sólo puede haber decidido enfrentarse a él especulando con obtener un lucro, derivado de la comercialización de productos obtenidos irregularmente”.

¹ Ley de Propiedad Intelectual de la Argentina. Artículo 71: “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley”. Artículo 72: “Será 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 ...”. Notas del compilador.

TEXTO COMPLETO:

La doctora Mora dijo:

Los elementos de prueba producidos durante la audiencia de debate permiten tener por plenamente probado que el encausado comercializó y reprodujo ilegítimamente un disco compacto del cantautor Ricky Martín, cuya propiedad intelectual pertenece a la firma "Sony Music Entertainment Argentina S.A."

Tales maniobras eran llevadas a cabo en el comercio de Giaimo, sito en ... de esta ciudad, propiedad del mismo y de su cónyuge.

El juez instructor a fs. 62 decretó un allanamiento en la finca denunciada, de donde personal perteneciente a la División Actuaciones del Departamento de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina, incautó diversos elementos que se encontraban allí, y que acreditarían que en el lugar indicado se desarrollarían tareas de copiado y comercialización de discos compactos ilegítimamente grabados.-

Del procedimiento se obtuvo una cantidad de discos compactos (207), y máquinas equipadas para poder realizar la maniobra descripta, labrándose la correspondiente acta, suscrita por dos testigos hábiles, el denunciante, y el personal policial interviniente.

Aunque respeto el esfuerzo realizado por la defensa técnica, orientado a convencer al Tribunal que no se encuentra acreditado el delito imputado por las razones que enuncia o, en todo caso, de la falta de dolo que su defendido pudo haber evidenciado en la conducta traída a estudio, no comparto sus argumentos. Veamos por qué.

En primer lugar, la circunstancia de poder obtenerse por otro medio distinto a la duplicación de un CD original las canciones que, en definitiva, pudiesen plasmarse en la edición de un disco compacto como el que nos ocupa, carece de relevancia puesto que, la ley 25.036, modificatoria de la ley 11.723, publicada en el Boletín Oficial del 11/11/98, ya sancionada -advierto- a la época en la que copia se realizara, en su art. 1º, establece:

"A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; la compilación de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción".

Como puede verse, la ley es taxativa en cuanto al objeto de protección jurídica del que debe gozar toda obra incluida en el texto de la norma.

Es así entonces, que -por encontrarse expresamente enunciadas las composiciones musicales y fonogramas- todo aquel que posea el derecho a reproducir legalmente las obras en cuestión, tanto en lo que atañe al copiado como en cuanto a la posterior venta, se verá necesariamente afectado por la comercialización de duplicaciones ilegales.

Cuadra entonces señalar que, conforme el art. 4º de la ley 11.723, "son titulares del derecho de propiedad intelectual... b) sus herederos o derechohabientes". Ahora bien, el autor Miguel Angel Emery, en la obra denominada "Propiedad Intelectual", p. 87, al respecto expresa:

"Dado que la ley se refiere expresamente a herederos, la expresión "derechohabientes" debe entenderse referida a los adquirentes de la obra o a los cesionarios parciales o personas autorizadas por el autor a ejercer alguno de sus derechos, tal como surge de los términos del inc. c) del art. 4º".

Como se desprende del informe agregado a fs. 148 producido por la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas, la empresa "Sony Music Entertainment (Argentina) S.A." es el titular del registro de la obra citada "Ricky Martin" en la Dirección

Nacional de Derecho de Autor, desde junio de 1999.

Vemos entonces de manera incuestionable que, quien ejerce la representación de la empresa nombrada, denuncia un delito apoyado en la producción efectiva de un daño patrimonial de su mandante. Aunque sabemos que la denuncia de un delito de acción pública debe surtir sus efectos, aun cuando sea puesto en conocimiento de los organismos del Estado por el medio que sea, y en el solo interés de la actuación de la ley, es decir, persiguiendo el castigo de quien ha violado una norma legal, aunque no exista lesión pecuniaria propia.

En lo atinente a la modalidad de la falsedad en sí misma, en mi criterio no interesa la circunstancia de que las copias resulten burdas, puesto que, en el caso que nos ocupa, no se busca con ellas inducir a error a quien resulte consumidor del producto, haciéndolo creer que adquirió un original del disco, como ocurriría con una pretendida falsificación "stricto sensu" (figura reprimida por el inc. b de la ley 11.723).

En efecto, la presente acción se entabla tomando como base de imputación y referencia, a la conducta descrita por el art. 72, inc. a) de la ley 11.723, que textualmente reza: "El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes".

La situación genera un grave daño, pues al vender el material reproducido a un precio muy inferior a aquel al que se ofrece en los lugares de comercialización de los legítimos, se genera una competencia absolutamente prohibida e injusta, en desmedro de las compañías discográficas dueñas de la marca que, por lo demás, cobran un importante canon -que naturalmente está incluido en el precio final-, para garantizarse la exclusividad en la percepción de los beneficios obtenidos por su reproducción y venta.

La norma antes transcrita (art. 1º, ley 25.036) hace referencia a que la protección debe obtenerse en cualquier caso, "sea cual fuere el procedimiento de reproducción", circunstancia

ésta por demás lógica y elocuente, pues no se justificaría que existiese un resquicio por donde pudiera filtrarse la posibilidad de burlar el mandato de la ley de propiedad intelectual, que -como dijimos- se extiende a la obtención de copias de una obra, no importa de dónde puedan extraerse.

Pero además, se torna necesario explicitar que, sumado a lo expuesto, La Argentina ratificó por ley 19.963 el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, celebrada en Ginebra en 1971, con lo que asumió la obligación de proteger a los productores de fonogramas "contra la producción de copias sin el consentimiento del productor", protección que, según el art. 3º del mencionado Convenio, puede hacerse efectiva en las legislaciones nacionales de cada Estado contratante "mediante sanciones penales" (ver Emery, obra citada, p. 304).

Con ello, estimo, puede considerarse suficientemente explicitado y, por ende, rebatido el concepto erróneo que proviene de considerar que, por tomar de un sitio de Internet, en base a un procedimiento posible desde el punto de vista técnico, y por encontrarse disponible el contenido del producto que se obtiene de esta manera, no encuentra adecuación típica la conducta descrita, pues está claro que encuadra perfectamente en las previsiones de los arts. 71 y 72, inc. a) de la ley 11.723, y en ambas figuras se encuentra presente el dolo, actuando el sujeto que las vulnera, a sabiendas que se está generando un evidente e ilícito perjuicio al poseedor de la marca registrada.

En efecto, se ha establecido que "En cuanto al elemento subjetivo de estos delitos, en todos los casos se requerirá un accionar doloso, desechando la posibilidad de formas culposas". (conf. Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", p. 209, entre otros).

Por ello, y teniendo especialmente en cuenta las características de la propiedad intelectual, en muchas oportunidades el dolo consistirá en que, de acuerdo con las particularidades del caso, el infractor haya podido representarse

que su accionar era ilícito y, no obstante, haya obrado asumiendo el resultado de su conducta.

Esto, sin dudas, es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa, pues Giaimo -por su condición de técnico- no podía desconocer que la obtención del contenido editado para su comercialización posterior, constituía un hecho ilícito.

Con relación a la obtención del CD aportado por el letrado denunciante, doctor R., debo decir que, si se hubiese tratado de un único ejemplar, seguramente, en aras del respeto irrestricto por las garantías que deben regir en el proceso penal, sin dudas hubiese descalificado a la prueba así obtenida, como único sustento de una imputación, por considerar que estaríamos en presencia de un elemento dudoso, cuyo contenido -en consecuencia-, podría ponerse en tela de juicio por no haberse tomado los recaudos necesarios, tanto para la certificación de su legalidad, como para impedir la posterior manipulación del material adquirido.

Empero, en el caso en estudio, el objeto no reconocido por Giaimo, se suma a la gran cantidad de discos compactos secuestrados por la comisión policial a la que se le encomendara tal cometido, que guardan gran similitud, en muchos de sus casos (según afirma el perito Arancibia durante el transcurso del debate), con el de Ricky Martin, cuya procedencia fuese cuestionada por el defensor.

Tal circunstancia me obliga a concluir que el imputado asume una conducta mendaz en cuanto a la presencia del material aludido en su negocio, puesto que afirma que muchos de los discos secuestrados han venido acompañando a máquinas cuyo service se contratara, surgiendo de sus propias palabras como pregunta obligada: ¿por qué conservaba elementos que no le pertenecían, pese a saber que eran objetos ilegalmente obtenidos, pues su condición de técnico -que asume es su ocupación habitual- le exige conocer?

Lo expuesto, se suma a favor de la presunción que describo, y a sus propios dichos en punto a la experiencia previa que tuvo, relacionada con el anterior procedimiento que en la audiencia

relata, donde se secuestró diverso material de su comercio, que lo comprometió legalmente.

En tal sentido, a fs. 161 obra un informe, suscrito por la secretaria de la Fiscalía N° 23 donde, por delegación, tramitaba la presente causa, que da cuenta de la existencia de al menos dos imputaciones dirigidas contra la esposa del encartado Giaimo, ambas por infracción a la ley 11.723.

Si fuese verdad lo por él declarado en cuanto a la procedencia de los discos incautados, las experiencias negativas reseñadas, seguramente deberían haber obrado al menos como advertencia, empujándolo a desprenderse de todo tipo de material que no le perteneciera y pudiese comprometerlo.

Es razonable pensar entonces que, quien actúa del modo en que lo hizo el imputado, desafía la posibilidad de padecer un reproche legal como el que nos ocupa, y sólo puede haber decidido enfrentarse a él especulando con obtener un lucro, derivado de la comercialización de productos obtenidos irregularmente.

Cobran envergadura probatoria en este sentido que venimos analizando, los dichos aportados por el doctor Rubio en relación a la forma en que se produjo el acuerdo que terminó con la adquisición del disco aludido.

En efecto, es perfectamente verosímil que el incuso se haya valido de su teléfono publicado en un matutino, o en ediciones especializadas en el tema, para concertar previamente la compra del material de que se trate, evitando así tener en el local los elementos que posibilitarían acreditar el delito investigado (de allí la inexistencia en el lugar de discos originales), ante la inesperada aparición de personal policial que pudiese verificarlo legalmente, o de un escribano que pudiese dar fe del hallazgo de objetos obtenidos ilícitamente.

En tal dirección argumental, me parece también lógico como mecanismo, que se le haga saber al interesado el nombre de la persona a quién debía solicitarle el objeto requerido, confirmándole que poseían un

ejemplar como el buscado, y el precio que debía pagarse por el mismo.

A todo ello se suma la copia del e-mail acompañado a la denuncia formulada, enviado a la dirección de correo electrónico del aviso publicado en el periódico (según lo expuesto por R.), contestación de la inquietud que se le formula por la misma vía, que contiene el nombre y teléfono del imputado, adjunto a una importante lista de productos (entre los cuales se encuentra un CD de Ricky Martin), ofrecidos para su comercialización, operación que se realizaba a través de su negocio.

Los elementos de juicio reseñados, me llevan a la convicción de que el encartado -aunque lo niegue enfáticamente-, efectivamente se ha dedicado a la comercialización de copias espurias de discos compactos, a sabiendas de que tal actividad constituía un delito, tal como ha quedado demostrado en los párrafos precedentes.

Así, y para graduar entonces la pena a aplicar, he tomado en cuenta las características del injusto, la edad y personalidad del acusado, la actitud que asumiera durante el proceso, su carencia de antecedentes, la buena impresión que me causara, y en fin, las demás pautas de dosimetría penal a que aluden los arts. 40 y 41 del Código de fondo.

En base a ello, considero adecuada retribución para el comportamiento que tuve por probado imponer a Claudio Fabián Giaimo, la pena de tres meses de prisión en suspenso y el pago de las costas del proceso. Tal es mi voto.

El doctor Becerra dijo:

Que adhería íntegramente al voto precedente.

El doctor Bustelo dijo:

Que por los fundamentos expuestos por la doctora Mora, adhería a su voto.

Por ello y lo establecido en los arts. 396, 398, 399 y concs. del ordenamiento ritual, el Tribunal, resuelve:

I. Condenar a Claudio Fabián Giaimo, de las condiciones personales mencionadas, como autor penalmente responsable de los delitos previsto en los arts. 71 y 72, inc. a), de la ley 11.723, a la pena de tres meses de prisión en suspenso, con costas (arts. 5°, 26, 29 inc. 3 y concs., Cód. Penal). II. Disponer legalmente de los efectos incautados (art. 522 y 523, Cód. Procesal Penal). III. Diferir la regulación de los honorarios profesionales del doctor P. J. R., letrado defensor de Claudio Fabián Giaimo, hasta tanto se de cumplimiento con las normas previsionales vigentes. -

Silvia Mora. - Alejandro M. Becerra. - Jorge R. Bustelo.