

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Derecho de reproducción. Almacenamiento electrónico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 37

FECHA: 11-9-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del auto en formato digital

OTROS DATOS: Sumario 57.627/08

SUMARIO:

*“... se le imputa «prima facie» [a] ... el ofrecer para descarga de los sitios de Internet [www. jacquederrida.com.ar](http://www.jacquederrida.com.ar) y www.heideggeriana.com.ar ... libros de texto en formato informático, cuyos autores son JACQUES DERRIDA y MARTIN HEIDEGGER, sin expresa autorización de editor u autor alguno, en detrimento de lo normado por la ley 11.723”.*¹

[...]

“... no caben dudas que el incurso resulta ser titular de las páginas en cuestión, en las cuales se ofrecen para su descarga de manera gratuita una gran cantidad de libros de autoría de MH y de JD sin la debida autorización expresa de editor o autor alguno para hacerlo, archivos que asimismo se encuentran registrados a su nombre”.

[...]

“... se determinó que los archivos PDF que pueden ser descargados gratuitamente de aquellos sitios (para los cuales debió haber un escaneo previo de los libros originales a fin de convertirlos en formato digital) habrían sido generados por quien nos ocupa, toda vez que al observar el espacio correspondiente a «propiedades» de esos documentos surge indiscutiblemente que su autor es HRP”.

[...]

*“La conducta que se le reaccrimina a HRP se encuentra tipificada en los artículos 71 y 72 inciso a) de la ley 11.723”.*²

¹ Ley argentina de Propiedad Intelectual (nota del compilador)

² “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. Sin perjuicio

“En el capítulo de la ley de mención, titulado «de las penas», se definen aquellos ilícitos relativos a la «defraudación» a los derechos de propiedad intelectual reconocidos por esa ley”.

“La ofensa al bien jurídico se produce con la simple lesión a la «propiedad intelectual», es decir, se perfecciona con la comisión de la defraudación al conjunto de derechos que un autor tiene sobre su obra o creación”.

“Es decir, la acción típica consiste en violar, suprimir, menoscabar, debilitar o alterar lesivamente los derechos que la ley otorga al autor sobre su creación y las acciones dirigidas a la comisión de dicho ilícito deben ser realizadas intencionalmente por el autor con ese fin, a través de cualquier medio o modalidad”.

[...]

“En cuanto al hecho que da origen a estos actuados, cabe mencionar que el conjunto de acciones prohibidas mencionadas por el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723, el mismo se ajusta específicamente a la «reproducción por cualquier medio o instrumento».”

[...]

“En el caso, la reproducción se vio probada ... por la carga de los libros cuyos autores se han nombrado, a las paginas de Internet en cuestión -registradas a nombre del incuso- sin la debida autorización para ello, pero más aún, porque dicha carga ha sido materialmente efectuada por el incuso, el cual debió escanear tales obras, para luego en forma virtual, transformarlo en archivos con extensión PDF y ofrecerlos en la web”.

COMENTARIO: Aunque se trata de un auto de procesamiento y no de una sentencia definitiva, la decisión acierta cuando señala que el “scanner” de una obra (en el caso concreto, para convertir los textos impresos a formato PDF), es una modalidad de reproducción (de la misma manera que lo es la carga de la obra en la página desde la cual se permite su acceso), no solamente porque el artículo 9,1) del Convenio de Berna contempla que ese derecho comprende “cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, sino también porque la “Declaración Concertada”, al artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) aclara que “el derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”. El almacenamiento electrónico, como una modalidad de reproducción ya había sido recogido por la jurisprudencia antes de la aprobación del TODA/WCT. Así, ya en 1993, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, había declarado que “... «copia», para los fines del derecho de autor, ocurre cuando un programa de

de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de 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 ...” (nota del compilador).

computación es transferido desde un dispositivo de almacenaje permanente a la memoria RAM de un computador”. En 1994, la Corte de Distrito de Virginia dijo que “la transmisión en red electrónica de un computador a otro, aunque solamente reside en la memoria RAM de cada ordenador, tiene la fijación suficiente” y en 1995 la Corte del Distrito Norte de California, que “... una obra está «fijada» cuando su «implementación física en una copia ... es suficientemente permanente o estable para permitir que sea percibida, reproducida o comunicada de alguna otra manera ...”. También en Francia, en 1996, el Tribunal de Gran Instancia de París declaró infringido el derecho de reproducción en el caso de unos estudiantes universitarios franceses que digitalizaban y colocaban obras musicales en sus páginas web personales, albergadas en los servidores de la *Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications* y de la *Ecole Central de París*, donde los usuarios podían descargar copias a su gusto, señalando que “... quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva” y que “toda reproducción por digitalización de obras musicales protegidas por el derecho de autor susceptible de ponerse a disposición de personas conectadas a Internet requiere de la autorización expresa por parte del titular o del cesionario del respectivo derecho”. Pero, además, la puesta a disposición de las copias digitalizadas a través de las redes de la Sociedad de la Información (como la Internet), constituye un acto de comunicación pública, definido generalmente como la difusión, por cualquier medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, derecho que por diversas modalidades aparece recogido en varias disposiciones del Convenio de Berna y de manera más general en el artículo 8 del TODA/WCT, cuando dispone que “sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. También antes del referido Tratado, la Corte de Distrito de Florida, en 1993, ante la colocación no autorizada en una página web de fotografías cuyos derechos correspondían a la demandante, mediante un servicio de cartelera computarizada por suscripción operada a través de Internet, había dicho que la “exhibición cubre cualquier muestra de una «copia» de la obra, «sea directamente o por medio de una película, dispositiva, imagen de televisión o cualquier otro dispositivo o proceso» ...” y que “el derecho de exhibición impide la transmisión no autorizada de la exhibición de un sitio a otro, por ejemplo mediante un sistema de computadores ...”. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el presente sumario que lleva el nro. 57.627/08 del registro de este Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro 37, Secretaría Nro. 129, y respecto de la situación procesal de HORACIO RUBEN POTEL, DNI. 14....., nacido el día 4 de abril de 1960 en Capital Federal, de estado civil casado, de ocupación docente, hijo de Horacio Rubén Potel (f) y de Fermina Berta García (f), domiciliado en Moreno 1159, Planta Baja, Dpto. K de esta ciudad

Y CONSIDERANDO:

Que se le imputa “prima facie” al arriba nombrado el ofrecer para descarga de los sitios de Internet www.jacquesderrida.com.ar y www.heideggeriana.com.ar (ambos creados en fecha 27 de mayo de 2005), libros de texto en formato informático, cuyos autores son JACQUES DERRIDA y MARTIN HEIDEGGER, sin expresa autorización de editor u autor alguno, en detrimento de lo normado por la ley 11.723. Dichas obras se encuentran numeradas a fs 5/14 y 15/19 de la investigación preliminar nro.0287/07 del registro de la UFIT-CO, que corre por cuerda a la presente.

Se deja constancia que las páginas antes mencionadas se encuentran registradas a nombre del incuso conforme surge de la investigación efectuada en autos. Asimismo los archivos ofrecidos en formato PDF (que llegan a serlo previo escaneo de los libros para luego ser convertidos en formato digital), habrían sido generados también por quien nos ocupa, el cual los registró a su nombre como creador o autor de los mismos.

El pleno cargoso reunido en autos se compone, en primer lugar, de la resolución de fecha 23 de diciembre de 2008, mediante el cual en el marco de la investigación preliminar nro.282/07, el Fiscal General de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando, dispuso promover la acción penal publica en orden al delito previsto y reprimido por el artículo 72, inciso a y 71 de la ley 11.723 y remitió la misma a la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (fs.1/6).

En dicho resolutorio, el mencionado Fiscal relató que inició la investigación preliminar con motivo de la denuncia efectuada por el abogado Raúl Alejandro Ochoa, apoderado de la Cámara Argentina del Libro, en orden a un conjunto de hechos que serían susceptibles de encuadrarse en alguno de los tipos penales previstos por el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (ley 11723), toda vez que, en los sitios de Internet www.jaquesderrida.com.ar, www.nietzscheana.com.ar y heideggeriana.com.ar, se estaría ofreciendo descargar, ilegalmente, varios archivos informáticos que contendrían libros de texto, sin que dicha actividad cuente con autorización expresa de editor o autor alguno.

Añadió que con el objeto de acreditar o descartar la hipótesis delictiva en cuestión, efectuaron diversas medidas de investigación de las cuales se destaca la información extraída de la pagina www.nic.ar de la que surge que las páginas www.jaquesderrida.com.ar y heideggeriana.com.ar, se encuentran registradas a nombre de Horacio Rubén POTEL respecto de quien mediante la pagina

de Internet denominada telesplorer.com.ar, se obtuvo un domicilio en esta ciudad más allá del que registraba en la ciudad de Rio Gallegos, Provincia de Santa Cruz.

Asimismo dicho fiscal explico que luego de verificar las fechas de nacimiento y defunción de los tres autores en cuestión, quedo acreditado que Friederich Wilhelm Nietzsche murió en el año 1900, por lo que respecto de la obra de tal escritor, conforme lo normado en el artículo 5 de la ley 11.723 se han superado los setenta años previstos para su protección, en virtud de lo cual se dio por concluida esa investigación.

Por ultimo, comentó que efectuó la impresión de uno de los archivos de los libros que se exhiben en las páginas investigadas, de donde se desprende que el autor o creador del archivo es Horacio POTEL.

En segundo término se encuentra glosado en autos el informe oportunamente efectuado por la División Delitos en Tecnología de la Policía Federal Argentina (fs.43/44) del cual se desprende que el dominio heideggeriana.com.ar se encuentra registrado a nombre del imputado POTEL, siendo su entidad administradora la empresa "Nuthost.com Hosting Solutions" de Carlos Castelnuovo al igual que el dominio jaquesderrida.com.ar.

En dicho informe surge que la empresa arriba mencionada confirmó esta información, es decir expresó que provee el espacio de Internet (hosting) servicio que es prestado a través de servidores de la empresa que están alojados en las sedes de "Cablevisión" e "Iplan", las cuales otorgan, asimismo, la conectividad de dichos servidores y que ambos dominios se encontraban registrados a nombre del encausado.

A fs.55/62, la apoderada de la firma "Cablevisión SA", puso en conocimiento del Tribunal que los dominios en cuestión no se encuentran registrados como pertenecientes a dicha compañía.

Por su parte, en la investigación preliminar Nro. 0282/07, que corre por cuerda a la presente, se encuentra glosada a fs 1/4, un listado de textos de Friedrich Nietzsche, a fs. 5/14 un listado de textos de Jacques Derrida y a fs.15/19, listado de textos de Martín Heidegger, los cuales eran ofrecidos a descarga en los sitios antes mencionados.

Citado que fuera a fin de prestar declaración indagatoria HRP, decidió hacer uso de su derecho a negarse a declarar -fs.60/61-.

Ahora bien, llegado el momento de resolver en el presente sumario, he de adelantar que dictaré auto de procesamiento respecto del nombrado en virtud de tener por acreditada "prima facie" la materialidad del suceso traído a estudio y la responsabilidad que el nombrado tuvo en éste.

En ese sentido, no caben dudas que el incurso resulta ser titular de las páginas en cuestión, en las cuales se ofrecen para su descarga de manera gratuita una gran cantidad de libros de autoría de MH y de JD sin la debida autorización expresa de editor o autor alguno para hacerlo, archivos que asimismo se encuentran registrados a su nombre.

Cabe mencionar que respecto de los autores previamente mencionados, no se ha cumplido aún el plazo establecido por el artículo 5 de la ley 11.723 para la protección de las obras de los nombrados.

A lo largo de la investigación, se determinó que los archivos PDF que pueden ser descargados gratuitamente de aquellos sitios (para los cuales debió haber un escaneo previo de los libros originales a fin de convertirlos en formato digital) habrían sido generados por quien nos ocupa, toda vez que al observar el espacio correspondiente a "propiedades" de esos documentos surge indiscutiblemente que su autor es HRP.

Respecto del lugar físico desde donde se habrían cargado los archivos informáticos que contendrían libros de texto en las páginas de Internet, www.jd.com.ar y www.h.com.ar, se

presume que el mismo ha sido el domicilio real de POTELE en esta ciudad, a partir del 27 de mayo de 2005.

Ahora bien, estimo que ante el cuadro probatorio analizado se ha acreditado tanto la materialidad del hecho investigado como la responsabilidad que en el mismo le cupo al imputado, con el grado de provisoriedad requerido para esta etapa procesal.

Al respecto, la doctrina tiene entendido que "...se trata de la valoración de elementos probatorios suficientes para producir probabilidad, aún no definitivos ni confrontados, pero que sirven para orientar al proceso hacia la acusación, vale decir, hacia la base del juicio.." (Jorge Clariá Olmedo, "Derecho procesal Penal", T.II, pag 612, Ed.Marcos Lerner).-

Por otro lado, la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostiene que: "para el dictado del auto de procesamiento no se requiere certeza apodíctica acerca de la comisión de un hecho ilícito ni de la participación de los procesados en su producción. Por el contrario, tal como lo sostiene la doctrina, a dicha medida le basta con un juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho delictuoso y de la responsabilidad que como partícipe le corresponde al imputado. De lo que se trata, pues, es de habilitar la base del proceso hacia el juicio, que es la etapa en la cual se desenvolverán los debates y la confrontación con amplitud..." (31.886 "Vandem Panhyusen, José AY otros s/ proc." rta.11/9/00).

La conducta que se le recrimina a HRP se encuentra tipificada en los artículos 71 y 72 inciso a) de la ley 11.723.

En el capítulo de la ley de mención, titulado "de las penas", se definen aquellos ilícitos relativos a la "defraudación" a los derechos de propiedad intelectual reconocidos por esa ley.

La ofensa al bien jurídico se produce con la simple lesión a la "propiedad intelectual", es

decir, se perfecciona con la comisión de la defraudación al conjunto de derechos que un autor tiene sobre su obra o creación.

Es decir, la acción típica consiste en violar, suprimir, menoscabar, debilitar o alterar lesivamente los derechos que la ley otorga al autor sobre su creación y las acciones dirigidas a la comisión de dicho ilícito deben ser realizadas intencionalmente por el autor con ese fin, a través de cualquier medio o modalidad.

Al igual que el delito de estafa (artículo 172 del Código Penal), el tipo básico contenido en el artículo 71 de la ley 11.723 prevé una pena privativa de la libertad que oscila entre un mes y seis años.

Sin perjuicio de ellos, mientras que en la estafa se requiere que el ardid o engaño desplegado por el autor derive en una disposición patrimonial perjudicial para el damnificado en el tipo previsto en la ley de propiedad intelectual, por el contrario, basta con la mera afectación -o puesta en peligro, habida cuenta la posibilidad del dolo eventual en el accionar del sujeto activo- de los derechos que el citado ordenamiento reconoce al autor de la obra o sus derechohabientes.

En cuanto al hecho que da origen a estos actuados, cabe mencionar que el conjunto de acciones prohibidas mencionadas por el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723, el mismo se ajusta específicamente a la “reproducción por cualquier medio o instrumento”.

Ello por cuando la reproducción de una obra es la realización de uno o más ejemplares o copias, en cualquier forma material, siendo su forma más común la impresión de una edición.

En el caso, la reproducción se vio probada, como se dijo, por la carga de los libros cuyos autores se han nombrado, a las paginas de Internet en cuestión -registradas a nombre del incuso- sin la debida autorización para ello, pero más aún, porque dicha carga ha sido materialmente efectuada por el incuso, el cual

debió escanear tales obras, para luego en forma virtual, transformarlo en archivos con extensión PDF y ofrecerlos en la web.

El dolo requerido para la comisión del ilícito previsto en el tipo penal analizado, se encuentra probado no solo por el registro de los sitios a nombre de P., sino también por el registro de los archivos cuestionados bajo su titularidad, es decir, se ven satisfecho los aspectos volitivos y cognitivos requeridos.

En cuanto a la medida de cautela patrimonial, en atención a las pautas mensurativas que surgen del artículo 518 del CPPN estimando el pago las costas del proceso, que incluyen la tasa de justicia -art.6º ley 23.898 y Res. Nº 498/9 de la CSJN (\$ 69.67) los honorarios profesionales y los demás gastos que se hubieran originado por la tramitación de la causa (art.533 del código ritual).

Respecto a la libertad del encausado, cabe mencionar que la penalidad de la conducta imputada autoriza su libertad durante el proceso, por lo que corresponde confirmar la libertad de la que viene gozando el incuso.

Por todo lo expuesto, corresponde y así:

RESUELVO:

I) DECRETAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA DE HRP, de demás datos filiatorios en el acápite, por considerarlo “prima facie” autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el artículo 72 inciso a), en función del artículo 71 de la ley 11.723 (arts.306 y 310 CPPN).

II) TRABAR EMBARGO sobre los bienes y/o dinero del encartado hasta cubrir la suma de pesos cuarenta mil-\$40.000.- (art.518 del CPPN).-

Notifíquese al encartado y su defensa por cédula urgente y a la Sra Fiscal por nota.

Ante mí. Se libró cédula.