

El dolo. Allanamiento. Piratería. Alegato de error de prohibición. Campañas publicitarias antipiraterías. Rechazo

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, Provincia de Buenos Aires

FECHA: 10/11/2009

JURISDICCIÓN: Judicial (penal)

FUENTE: Publicado en La Ley Provincia de Buenos Aires 2009 (junio), 509, Publicado en: LLBA 2010 (marzo) 195 Cita online: AR/JUR/57713/2009

DATOS: S Ibarra, Ariel Germán s/ Procesamiento

SUMARIO:

“Las pruebas colectadas en el expediente persuaden —con el grado de certeza requerido en esta etapa de la investigación— que las copias ilegales de discos compactos musicales que el sumariado tenía en su domicilio eran para ser comercializadas y no para su uso personal”

“La defensa invoca que “no se encuentra acreditado en autos el dolo que requiere específicamente la piratería fonográfica ya que no se ha demostrado que el encartado tuviera conciencia de que estuviera violando la ley y con el consiguiente ánimo de comercialización” más la “intención de perjudicar”.

“Ariel Germán Ibarra (el imputado) es docente y al momento del hecho tenía 28 años de edad, cualidades que en el análisis preliminar del caso no exhiben que se trate de una persona con escasa comprensión de su proceder o víctima de un error invencible sobre los alcances de la ley penal.”

“Por cierto, son notorias y sistemáticas las campañas publicitarias contra la llamada “piratería” de discos compactos, películas, etcétera, informando el encuadre penal de la conducta y alertando sobre las sanciones que pueden recaer sobre los sujetos incurso en ella. Desde tal perspectiva, no resulta prima facie razonable que el imputado no conociera el reproche criminal de sus actos”

“En el mismo orden de ideas, corresponde precisar que el dolo del ilícito marcario no está dado por la “intención de perjudicar” a las firmas afectadas sino que se sustenta en el conocimiento de la falsedad de los productos que el sujeto detenta. Así, si se tiene presente que Ibarra era quien se encargaba personalmente de llevar a cabo las copias ilegales y ofrecerlas al público, con discernimiento sobre los precios que se pagan por los compactos en el mercado común —extre-

mo que queda probado con el anuncio que decía “el más grande remate de compact de juegos y programas al más bajo precio por solo \$ 2.00”— concurren motivos que habilitan a tener por configurado el elemento subjetivo del delito atribuido”

”Asimismo, no hay dudas de que el material peritado guarda identidad con el secuestrado por la prevención, la que se ajustó escrupulosamente a los recaudos necesarios para garantizar su cadena de custodia.”

COMENTARIO. El dolo es un elemento fundamental para completar el tipo penal de un delito en materia de derechos intelectuales entendido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Son por tanto dos los elementos que integran el dolo, el elemento intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo. O sea, saber y querer. Para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente o culposo: quien actúa con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente¹ que en este caso son los tutelados por el derecho de autor y marcario. En el caso en comentario, la Cámara de apelaciones confirmó la resolución del juez de primera instancia que decretó el procesamiento en orden a los delitos previstos en el art. 72 bis de la ley 11.723 –delitos de piratería fonográfica- y art. 31, c, de la ley 22.362 –delitos marcarios- de quien vendía copias ilegales de discos compactos musicales desde su domicilio y por encargo. Fueron varios los puntos mediante los cuales la alzada mantuvo la calificación provisoria de la instancia anterior. En primer lugar, fue el destino de las copias encontradas durante un allanamiento en el domicilio del imputado, que excedían por el volumen al mero uso personal. Luego, que no se acreditó que el acusado hubiera actuado bajo un error de prohibición en atención a las condiciones personales de una persona instruida y concluyendo que no puede ampararse en un desconocimiento de la norma o de su alcance, particularmente con el efecto que debería ejercer sobre cada persona las persistentes campañas antipiratería existentes. En este sentido, el Tribunal de Justicia de Minas Gerais, 4ta Cámara Criminal, fallo del 30/01/2008, argumentó que *“no merece acogida la alegación de error de prohibición, ya que el apelante tenía plena conciencia de que la venta de CDs falsificados era un acto ilícito... cualquier “hombre común” que viva en una gran urbe tiene acceso a diversos medios de comunicación y sabe perfectamente que comercializar material falsificado es un delito”*. En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia argentina resolvió que *“Es arbitraria la sentencia que no brinda razón alguna para concluir, a partir del hecho de que “algunos textos están agotados” o que éstos “no están al alcance de las posibilidades de los alumnos”, que el acusado de fotocopiar libros no actuó con el dolo exigido por el tipo penal”*². Por otro lado, también encontramos pronunciamientos que decidieron en sentido opuesto, acreditando argumentos casi infantiles como los de un imputado que manifestó que *“no sabía que el producto que vendía era ilegal ya que veía a todo el mundo vender los cd’s sin ningún tipo de problema...”*³ en los que parecería que lo que se quisiera evitar es “criminalizar la pobreza”. Lo cierto es que de aceptar defensas como esta última se estaría, en la práctica, desconocerle a los creadores y a los titulares de los productores de bienes culturales nacionales y extranjeros la posibilidad de que puedan vivir de su trabajo porque no contarían con acción alguna para repeler cualquier atentando a sus derechos exclusivos © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

1 <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>

2 Litman, Elías Daniel s/ infracción art. 72 de la ley 11723 del 30/05/1995.

3 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala “I”, de Buenos Aires. del 30/05/2014

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. La Plata, noviembre 10 de 2009.

Considerando: I. La decisión recurrida y los agravios.

Vuelve la causa a esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 344 por Ariel Germán Ibarra y fundado por su defensa a fs. 358/361 y vta. contra la resolución de fs. 339/341 y vta. por la que el señor juez de primera instancia dispuso el procesamiento del encartado por encontrarlo prima facie autor penalmente responsable de la comisión de los delitos de reproducción con fines de lucro de fonogramas sin autorización por escrito de su productor y de puesta en venta de una marca registrada fraudulentamente imitada, previstos y penados en los art. 72 bis de la ley 11.723 y al art. 31° inc. "c" de la ley 22.362.

Los agravios del recurrente pueden sintetizarse así: a) en la resolución se omitió realizar el proceso lógico de calificación de la conducta imputada, lo cual vulnera el derecho de defensa; b) no se encuentra probada la comercialización ilícita endilgada ni la percepción de dinero alguno como consecuencia de ella; c) no se acreditó el dolo exigido por el tipo penal; d) la prueba pericial no tiene entidad suficiente para tener por cierta la falsedad de los elementos secuestrados; e) las normas de seguridad que hacen a la custodia de dichos efectos no fueron cumplidas; f) hay elementos de convicción que denotan que la cantidad de discos incautados era una gran colección para uso personal; g) en el caso de considerarse dudosa la cuestión debe prevalecer el principio in dubio pro reo; h) no se ponderó la falta de antecedentes penales de Ibarra y el hecho de que él estuvo siempre dispuesto a colaborar con la justicia.

II. Antecedentes.

La causa se inició con motivo de una denuncia interpuesta por el representante de "Emi Odeon S.A.I.C.", "Universal Music Argentina S.A.", "B.M.G. Ariola Argentina S.A.", "Sony Music Entertainment Argentina S.A.", "Warner Music S.A." y "Leader Music", en la que se expuso que "a través de la página de internet www.lpbits.com.ar se están comercializando copias ilegítimas de CDs musicales, defraudando de esta manera los derechos de propiedad intelectual de que gozan los productores de fonogramas". Según expresó el denunciante, "dicha página web está registrada desde el 30/8/02 a nombre de Ariel Germán Ibarra (DNI:...), quien además es el responsable de la misma, y estaría domiciliado en calle 48 bis n° 269 de Ensenada". Con el fin de comprobar dicha circunstancia se hizo un llamado al teléfono consignado en el portal para pedir una grabación del compacto del grupo musical "Gamberro", comunicación que fue atendida por "Ariel" y obteniéndose así la copia ilegal exhibida en la denuncia (fs. 1/25).

En virtud de lo expuesto, el titular del Juzgado de Garantías en lo Penal n° 3 de esta ciudad libró orden de allanamiento sobre el domicilio indicado (fs. 28) y como resultado de la diligencia se secuestraron una carpeta anillada con el rótulo "pedidos la plata bits music E Software" y numerosos insumos informáticos, de audio y gráficos (fs. 32/36).

Con los elementos colectados Ibarra fue convocado a prestar declaración indagatoria ante la justicia bonaerense, ocasión en la que aquél hizo uso de su derecho de negarse a declarar (fs. 64 y vta.).

Cumplido ello, el peritaje técnico realizado por la Sección Pericias Informáticas de la Policía de

la Provincia de Buenos Aires permitió corroborar que el C.P.U. decomisado era idóneo para la creación o duplicación de discos compactos, ya que contaba con hardware y software apropiado para ello (fs. 108/118). A su vez, el análisis de los ejemplares musicales hallados en la finca concluyó que eran grabaciones apócrifas, algunas con portadas de sellos discográficos duplicados y con impresiones en su tapa y contratapa que reúnen características de artesanales, entre otras irregularidades detectadas (fs. 131/136).

Una vez radicada la causa ante la justicia federal, se recibieron los testimonios de Marcelo Orozco, Pablo Martín Testa, Juan Ramón Reborado y Daniel Avitabile. El primero ratificó el contenido del informe pericial (fs. 180 y vta.), mientras que los restantes hicieron lo propio con el acta del allanamiento (fs. 181 y vta., 182 y vta. y 226 y vta.).

Con los elementos colectados, el a quo ordenó la declaración indagatoria de Ariel Germán Ibarra, quien nuevamente se negó a declarar (fs. 236/237).

III. Consideración de los agravios.

1. La omisión de realizar el proceso lógico de calificación de la conducta imputada.

1.1. Cabe recordar que en sus anteriores intervenciones el Tribunal había declarado la nulidad de los autos de procesamiento de fs. 238/240 y 291/293, sobre la base de que el a quo sólo había mencionado la normativa aplicable, pero no había concluido el proceso lógico de calificación.

Con lo cual —se sostuvo— la decisión así dictada era incompleta, dado que su parte resolutive no era precisa o no calificaba el hecho

acabadamente, generando incertidumbre y colocando en riesgo el derecho de defensa.

1.2. Examinado el pronunciamiento traído ahora a estudio, se advierte que la aludida falencia fue superada.

En efecto, en los considerandos y en la parte dispositiva de la resolución se escogió con precisión una de las distintas modalidades delictivas previstas por el artículo 31 inciso “c” de la ley 22.362, tipificándose la conducta como la de puesta en venta de una marca registrada y fraudulentamente imitada, más el añadido de la reproducción con fines de lucro de un fonograma sin autorización de su productor, reprimida por el artículo 72 bis inciso “a” de la ley 11.723.

En estas condiciones, sin perjuicio del acierto o desacierto del temperamento adoptado en base a las pruebas colectadas —lo cual será evaluado en lo que sigue—, queda claro que el modo en que se expidió en esta oportunidad el magistrado no es una calificación genérica o inconclusa, sino que concretó la figura típica que se le endilga a Ibarra en estricta sujeción a las garantías constitucionales que hacen a su derecho de defensa.

1.3. Por lo expuesto, el Tribunal estima que el auto de procesamiento recurrido reúne todos los recaudos para ser considerado como un acto jurisdiccional válido, por lo que el agravio en trato habrá de ser desestimado.

2. La falta de prueba de la comercialización ilícita y de la percepción de dinero por parte del imputado. El destino de los discos musicales para uso personal.

2.1. Idéntica suerte correrán las críticas dirigidas a demostrar la orfandad probatoria en la causa y a que todos los discos compactos ha-

llados en la finca de Ibarra conformaban una colección personal.

2.2. En primer lugar, el ofrecimiento al público de las copias ilegales encuentra suficiente respaldo probatorio en los dichos del denunciante que a través de un llamado telefónico adquirió de Ibarra una copia de la obra del grupo “Gamberro” y en la constancia adunada a fs. 17, en la que se aprecia una impresión de la página web que muestra un logo compuesto por un CD con el rótulo “Laplata.bits” a su costado, y en la parte inferior, un cuadro de texto que dice “www.rematomiscd.com.ar el más grande remate de compact de juegos y programas al mas bajo precio por solo \$ 2.00 te llevas los cd ‘entrar’”. Circunstancias que, a su vez, se conectan con la carpeta encontrada en el domicilio del encartado con la inscripción “Pedidos La Plata Bits” y que tomadas en su conjunto le restan veracidad a la explicación de que los elementos secuestrados tenían como destino exclusivo el uso personal de Ibarra.

2.3. Por otra parte, el argumento apoyado en la falta de prueba sobre la percepción de dinero por parte del sumariado no gravita frente a la amplia interpretación de la norma infringida, la que conforme lo señala la doctrina autorizada en la disciplina, comprende todos los actos de exhibición, oferta y de intercambio, alquiler o cualquier otra forma mediante la cual alguien adquiera algún derecho sobre el producto en tela de juicio. Dicho en otros términos, se cumplirá con el proceder previsto por el tipo penal con la circulación de productos con marca en infracción, independientemente del modo en que ello se realice (conf. esta Sala in re “Villata, Uvaldo Bautista s/Inf. Leyes 22.362 y 11.723 ‘Editoriales’”, sentencia del 07/07/05, con remisión a Otamendi, Jorge, Derecho de Marcas, sexta edición, Buenos Aires, 2006, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 276 y siguientes).

3. La ausencia del dolo exigido por el tipo penal.

3.1. La defensa invoca que “no se encuentra acreditado en autos el dolo que requiere específicamente la piratería fonográfica ya que no se ha demostrado que el encartado tuviera conciencia de que estuviera violando la ley y con el consiguiente ánimo de comercialización” más la “intención de perjudicar”.

3.2. Pues bien, si lo que el recurrente pretende demostrar en la persona de su asistido es un error de prohibición, corresponderá examinar si aquél “tenía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho (confr. Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, § 21, nm. 39, pág. 880)” y si le era exigible la posibilidad de comprender que su conducta era contraria a la ley.

Ariel Germán Ibarra es docente y al momento del hecho tenía 28 años de edad, cualidades que en el análisis preliminar del caso no exhiben que se trate de una persona con escasa comprensión de su proceder o víctima de un error invencible sobre los alcances de la ley penal. Por cierto, son notorias y sistemáticas las campañas publicitarias contra la llamada “piratería” de discos compactos, películas, etcétera, informando el encuadre penal de la conducta y alertando sobre las sanciones que pueden recaer sobre los sujetos incurso en ella. Desde tal perspectiva, no resulta prima facie razonable que el imputado no conociera el reproche criminal de sus actos.

A todo evento, debe recordarse que quien inicia el giro comercial de una actividad —tal como lo hacía el imputado a través de un portal de Internet—, debe necesariamente asesorarse sobre los requisitos normativos a que debe someter su tarea con el fin de no incurrir en infracciones al derecho vigente.

3.3. En el mismo orden de ideas, corresponde precisar que el dolo del ilícito marcario no está dado por la “intención de perjudicar” a las firmas afectadas sino que se sustenta en el conocimiento de la falsedad de los productos que el sujeto detenta. Así, si se tiene presente que Ibarra era quien se encargaba personalmente de llevar a cabo las copias ilegales y ofrecerlas al público, con discernimiento sobre los precios que se pagan por los compactos en el mercado común —extremo que queda probado con el anuncio que decía “el más grande remate de compact de juegos y programas al mas bajo precio por solo \$ 2.00”— concurren motivos que habilitan a tener por configurado el elemento subjetivo del delito atribuido.

4. La fuerza probatoria del peritaje realizado. El incumplimiento de las normas de custodia de los elementos secuestrados.

4.1. El defensor de Ariel Ibarra manifiesta que los exámenes técnicos de los efectos incriminatorios no fueron llevados a cabo por personal idóneo, y por tanto, enfatiza que el peritaje “no alcanza aptitud para producir un conocimiento asertivo acerca del objeto a probar sobre el hecho investigado”.

4.2. Sentado ello, cabe poner de resalto que tanto el imputado como la defensa fueron oportunamente notificados del peritaje ordenado y de las reparticiones a las que se les encomendó la tarea (fs. 98/99 y vta.). En esa ocasión aquellos no hicieron uso de la facultad que les acuerda el ordenamiento procesal de proponer peritos y/o de formular las observaciones que estimaran pertinentes. Por eso resulta cuanto menos contradictorio que ahora coloquen en tela de juicio la idoneidad de las personas que llevaron adelante el peritaje, cuando a través de su conducta discrecional asintieron todo lo atinente a la medida.

4.3. Hecha esa digresión y confiriéndole amplitud de examen a la objeción que recién ahora introduce el apelante, se adelanta que no hay razones que permitan compartirla.

En efecto, a fs. 80 la Asesoría Pericial de La Plata informó que no contaba con expertos en la especialidad requerida por el magistrado bonaerense, pero también indicó que la Sección Pericias Informáticas de la Policía de la Provincia de Buenos Aires podía cumplir con el cometido. Así se trasladó el cumplimiento de la medida a dicha dependencia, la que a su vez aclaró que el personal designado a tal efecto —Sargento Marcelo Orozco— sólo iba a examinar el C.P.U. y que el material fonográfico se iba a derivar a la Sección Pericias de Audio (fs. 87), todo lo cual así se hizo.

Queda claro, pues, que las personas que tuvieron a su cargo el análisis de los efectos secuestrados se ajustan en sus conocimientos e idoneidad en ciencia, arte y/o técnica para ilustrar al juez sobre los hechos pertinentes de la investigación (artículo 253 del Código Procesal Penal de la Nación), por lo que el agravio en este punto es infundado y habrá de rechazarse.

4.4. Asimismo, no hay dudas de que el material peritado guarda identidad con el secuestrado por la prevención, la que se ajustó escrupulosamente a los recaudos necesarios para garantizar su cadena de custodia.

En el acta de allanamiento, luego de individualizar los elementos hallados en la morada de Ibarra, se expresó que “todo es cerrado y rotulado” (fs. 32 y vta.). Al momento de elevar las actuaciones a la fiscalía provincial la delegación policial aclaró que el secuestro estaba “a su resguardo en este elemento” (fs. 40). Cuando se remitieron los efectos a la Sección Pericias de Audio se hizo constar que se enviaba

“una porción consistente en 100 discos compactos correspondientes a un total de 680 que se secuestraron en el marco de la presente investigación” (fs. 125), cantidad coincidente con la consignada por el personal idóneo en el acto de apertura de la caja remitida (fs. 131) y con la devolución del material luego del examen técnico (fs. 129).

En tales condiciones, las dudas que el recurrente intenta demostrar acerca de la falta de custodia de los elementos secuestrados no pueden ser atendidas.

5. La aplicación del principio in dubio pro reo. La falta de ponderación de los antecedentes de Ibarra y de su conducta en el juicio.

5.1. Por otra parte, de consuno a todo lo dicho en cuanto a la suficiencia de las pruebas para vincular a Ibarra con los delitos que se le enrostran —con el grado de certeza requerido en esta etapa del proceso— no puede predicarse la aplicación del principio in dubio pro reo. Ello es así toda vez que a la luz de las particulares circunstancias del sub iudice —en el que incluso el sumariado no aportó elemento alguno para enervar su responsabilidad—, no existe el estado de duda que presupone la operatividad de dicho principio.

5.2. Por último, la ponderación de la falta de antecedentes penales del imputado y su actitud frente a la justicia son cuestiones ajenas a la comprobada comisión de la conducta ilícita y a la decisión de mérito a la que se arriba en esta parte de la instrucción. Tales circunstancias, a todo evento, son datos indicadores para decidir otros asuntos atinentes al proceso —como la libertad o el encarcelamiento provisional—, o bien, para graduar la pena en caso de existir sentencia condenatoria respecto del imputado.

IV. Conclusión.

a) La resolución por la que se decretó el procesamiento de Ariel Germán Ibarra reúne los requisitos para ser considerado un acto jurisdiccional válido. Ello es así porque en sus fundamentos y en la parte dispositiva el a quo no incurrió en calificaciones genéricas y respetó las garantías constitucionales que hacen al derecho de defensa del imputado.

b) Las pruebas colectadas en el expediente persuaden —con el grado de certeza requerido en esta etapa de la investigación— que las copias ilegales de discos compactos musicales que el sumariado tenía en su domicilio eran para ser comercializadas y no para su uso personal. A su vez, la falta de prueba sobre la percepción de dinero por parte de aquél no gravita frente a la amplia interpretación de la norma infringida, la que comprende todos los actos de exhibición, oferta y de intercambio, alquiler o cualquier otra forma mediante la cual alguien adquiera algún derecho sobre el producto en tela de juicio.

c) Las singulares circunstancias personales del encartado —de profesión docente y con 28 años de edad al momento del hecho— y las notorias campañas publicitarias contra la llamada “piratería” de obras musicales o filmicas no autorizan a admitir que se trate de una persona con escasa comprensión de su proceder o víctima de un error invencible sobre los alcances de la ley penal. Cualidades que, a su vez, se añaden al conocimiento de la falsedad de los productos que él detentaba y ponía en circulación como dolo propio del ilícito marcario.

d) Las reparticiones que tuvieron a su cargo el análisis pericial de los efectos secuestrados —que a su vez fueron debidamente custodiados— se ajustan en sus conocimientos e ido-

neidad para ilustrar al juez sobre los hechos pertinentes de la investigación, por lo que no hay motivos para poner en tela de juicio la fuerza probatoria de sus conclusiones.

e) La suficiencia de las pruebas para vincular a Ibarra con los delitos que se le enrostran desplazan el estado de duda que presupone la operatividad del principio in dubio pro reo, siendo que la ponderación de la falta de antecedentes penales del imputado y su actitud frente a la

justicia son cuestiones ajenas a la comprobada comisión de la conducta ilícita y a la decisión de mérito a la que se arriba en esta parte de la instrucción.

V. Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 339/341 y vta. en todo lo que decide y fuera materia de agravio. Se deja constancia que el doctor Antonio Pacilio no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.— Carlos A. Nogueira.— Carlos A. Vallefín.