

Software. Falta de nominación en la ley de derecho de autor. Obra protegida. Tipicidad penal

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Uruguay

ORGANISMO: Tribunal de Apelaciones Penal de 7º Turno de Montevideo

FECHA: 27/07/2011

JURISDICCIÓN: Judicial (penal)

FUENTE: Portal del Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay

DATOS: Sentencia N° 208. AA. Delito continuado de Reproducción y comercialización ilícita de programas y juegos de computación sin autorización del autor.” IUE:92-200/2002

SUMARIO:

“el encausado en forma continuada, reprodujo programas y juegos de computación con fines de lucro y sin la correspondiente autorización escrita de las respectivas personas físicas o jurídicas que lo fijaron por primera vez... siendo harto evidente que el software es una “producción del dominio de la inteligencia”, se encuentra protegida por la norma (inciso final del artículo 5º de la Ley 9.739).”

“El contumaz error esgrimido por el encausado a lo largo del proceso de que su actividad es lícita y no es delictiva, se diluye frente al material de cargo reunido, el que se integra con las actuaciones policiales con actas de incautación y fotografías adjuntas.”

“El encausado entiende que al tiempo de la presunta consumación no había ley que prohibiera dichas conductas atribuidas y que, por tanto, se trata en la especie de una criminalización por analogía que no comparte de ninguna manera”

““En la actualidad está ampliamente reconocido que el programa de ordenador constituye una obra del intelecto, resultante de un proceso creativo asimilable al que requiere una obra literaria o cinematográfica, y que cuando es original en su composición y en su expresión, está protegido por el derecho de autor, independientemente de la posibilidad de que sea protegido por el sistema de patentes siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello” (cf Anuario de Propiedad Intelectual 2003. Universidad de Montevideo, pág 121/122).”

“Nuestra Jurisprudencia tanto en el ámbito administrativo (Sentencia N° 174/1990 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo), como judicial ha sido unánime al incorporar dentro del marco jurídico de la propiedad literaria y artística al programa de ordenador.”

“La Suprema Corte de Justicia... expresa en lo medular: “...En definitiva existe, sin duda, un notorio consenso en sostener que el software constituye un producto de la creación de la inteligencia”

“Sobre la base del marco conceptual anterior resulta posible incluir al software por vía extensiva, a la luz de la interpretación del inciso final de la disposición, sin vulneración de tipo alguno del Principio de Legalidad, cuya vigencia no resulta afectada, sino vigorizada.”

“No existen dudas que la elaboración de un programa informático es una obra de la inteligencia, tan trascendente que constituye un emblema de este fin de siglo. Y si se debe encasillar en algún “item” del precepto penal, evitando dar flanco a la crítica que la norma penal en blanco violenta el principio de legalidad, puede hacerse sin esfuerzo, ubicando al software (programa de ordenador) dentro del concepto “obra científica y técnica” a las que refiere la predicha norma legal”

COMENTARIO. En el caso a estudio se debatió, además de varias cuestiones procesales, si la reproducción no autorizada de programas de computación era una conducta reprochada penalmente por que a la fecha del hecho el software no se encontraba expresamente indicado como una obra protegible por el derecho de autor, como si sucedió al poco tiempo. En las décadas de 1970 y 1980 se llevaron a cabo amplios debates para saber si los programas informáticos debían protegerse mediante el sistema de derecho de autor, el sistema de patentes o un sistema sui generis. Como resultado de estos debates, se llegó a un principio generalmente aceptado, según el cual, los programas informáticos deberían estar protegidos por el derecho de autor, mientras que los aparatos que usaran programas informáticos o inventos relacionados con este tipo de programas deberían estar protegidos por patentes¹. Según el Glosario de la OMPI, *“el software es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada sea capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico capaz de procesar informaciones- ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado”*. El programa de ordenador o software se encuentra tutelada como una obra protegida por el derecho de autor desde no hace mucho tiempo. En efecto, a partir de la separación de la maquinaria que hacía funcionar mediante órdenes las diversas legislaciones comenzaron a darle tutela como si fuera una obra literaria y generalmente, dentro de capítulos especiales en cuanto a definir el objeto de protección como al régimen especial de titularidad. En el orden internacional, los convenios que disponen la tutela del software hacen reenvío al tratado de Berna, y de forma específica, tal como reza el Artículo 4 del TODA INTERNET en el que se establece que *“Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”*. De la misma manera, y en atención al carácter *siu generis* del bien jurídico protegido, el AD-PIC en su art. Artículo 10, reenvía la tutela a Berna aclarando en su primer inciso que *“Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”*. © Federico Andrés Villalba Díaz, 2014

¹ Temperamento de la Oficina Europea de Derecho de Autor <http://www.eucopyright.com/es/estan-prottegidos-los-programas-informaticos-por-el-derecho-de-autor>

TEXTO COMPLETO:

Montevideo, 27 de julio de 2011.-

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: “AA. Delito continuado de Reproducción y comercialización ilícita de programas y juegos de computación sin autorización del autor.” IUE:92-200/2002, llegados a conocimiento del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do turno, en mérito al recurso de apelación interpuesto por la Defensa del imputado contra la Sentencia N° 96/2010 de fecha 30 de agosto de 2010, dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 17° Turno.-

RESULTANDO:

1) Se aceptan y tienen por reproducidas tanto la descripción de los actos procesales, como la relación de hechos invocados en la Sentencia de Primer Grado, por ajustarse a las emergencias de autos.

2) Por la referida decisión se condenó a AA como autor penalmente responsable de un delito continuado de Reproducción y Comercialización Ilícita de Programas y Juegos de Computación sin autorización del autor a la pena de dieciocho (18) meses de prisión, con descuento del tiempo de detención sufrido. Se impuso el comiso y destrucción de los ejemplares reproducidos ilícitamente (copias apócrifas) incautadas así como la confiscación de los efectos utilizados para la comisión de los ilícitos.

Se computó como alteratoria de la responsabilidad únicamente la agravante genérica de la continuidad.

3) Contra la citada decisión, la Defensa interpuso, en tiempo y forma, recurso de Apelación, para luego en oportunidad hábil expresar los siguientes agravios que entiende le causa la misma: a) que no hay bien jurídico lesionado y no hay delito alguno; b) que la Sede resulta incompetente; c) invoca la nulidad absoluta por errónea interpretación del principio “Non Bis In Idem”; d) solicitará que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley N° 9739; e) la vulneración y violación del principio de legalidad, el de reserva, el principio de congruencia; f) las pruebas que obran en autos deben ser valoradas de acuerdo al principio “in dubio pro reo” y g) habiendo faltado pruebas por diligenciar sostiene que la sentencia es equivocada al carecer de probanzas ciertas.

En definitiva, solicita que se declare la nulidad de la sentencia apelada por la no acreditada competencia de la Sede, por haberse anulado un procesamiento vuelto a instaurar sobre los mismos hechos (violación del principio “non bis in idem”) y por todos los argumentos vertidos y fundamentados en la expresión de agravios aboga por la absolución de su defendido por carecer el fallo de los debidos fundamentos académicos para proceder a la tipificación criminal impetrada.

4) Conferido legal traslado al Ministerio Público expresó:

a) que el decisor del grado aplicó correctamente las pautas del artículo 86 del Código Penal, haciendo una calificación legal correcta y determinando una pena justa y hasta benigna, por la naturaleza del bien jurídico lesionado;

b) entiende que el encausado en forma continuada, reprodujo programas y juegos de com-

putación con fines de lucro y sin la correspondiente autorización escrita de las respectivas personas físicas o jurídicas que lo fijaron por primera vez.

c) siendo harto evidente que el software es una “producción del dominio de la inteligencia”, se encuentra protegida por la norma (inciso final del artículo 5º de la Ley 9.739);

d) dicha interpretación recoge amplio consenso entre juristas de renombre y ha sido, como se invoca en la recurrida, recogido por la Suprema Corte de Justicia, justamente en instancia de Casación promovido por el repetido encausado.

Dice la Corporación: “Sobre la base del marco conceptual anterior resulta posible incluir al software por vía extensiva, a la luz de la interpretación del inciso final de la disposición, sin vulneración de tipo alguno del Principio de Legalidad, cuya vigencia no resulta afectada, sino vigorizada”;

e) tratándose de un local comercial, el fin de lucro aparece incuestionable, por lo que no es pertinente ahondar en el concepto y

f) solicita que se confirme la Sentencia de Primera Instancia N° 96 de fecha 30/8/2010.

5) Franqueada la alzada se recibió la causa en este Tribunal, se citó para Sentencia, fue estudiada por los integrantes del Colegiado y se acordó en la forma ordenada por la Ley el siguiente fallo.

CONSIDERANDO:

La Sala, con la unánime voluntad de sus miembros naturales, confirmará la Sentencia de Primer Grado por los siguientes fundamentos:

I) HECHOS Y CALIFICACION DELICTUAL

El estudio de la causa lleva al Tribunal a compartir las conclusiones del Señor Juez “a quo”, en cuanto los elementos probatorios reunidos en la instancia permiten concluir con el estado de certeza inherente a un pronunciamiento de condena que el encausado AA con su accionar antijurídico coronó los elementos requeridos por la figura establecida en el artículo 46 de la Ley N° 9739 en la redacción dada por el artículo 1 del Decreto-Ley N° 15.289 (Reproducción y Comercialización ilícita de programas y juegos de computación con fines de lucro, sin la correspondiente autorización escrita del autor).

En el caso surge fehacientemente probado que el día 14 de noviembre de 2002, al realizarse allanamientos, en los locales comerciales “YY”, sito en Avenida Brasil N°00 y en “yyy”, sito en Avenida Brasil N° 000, (de propiedad del encausado AA, de profesión Programador-autor, a la sazón, de 45 años de edad), funcionarios policiales de la Seccional 14ª, incautaron tres mil quinientos (3500) discos compactos, equipo apto para reproducción, documentación, facturas y anotaciones varias.

El día 22 de noviembre de 2002, la Dra BB, en representación de ADOBE INCORPORATED, AUTODESK INK, MACROMEDIA INC, MICROSOFT CORPORATION y SYMANTEC, se presenta ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 17º turno y dice: que radicó denuncia penal contra AA, por la comisión del delito de reproducción ilícita de obra, ante la Seccional 14º de Policía de Montevideo y que en la representación invocada viene a ratificar la denuncia precedentemente expuesta y en su mérito a solicitar que el denunciado sea condenado por los delitos tipificados en el artículo 58 del Código Penal y artículo 46 de la Ley

9739 en la redacción dada por el artículo 23 de la ley 15.913.

Posteriormente, la denunciante, Dra. AA entrega a la Sede Penal de 17º turno, los testimonios por exhibición de los poderes debidamente protocolizados, legalizados y traducidos que se encontraban vigentes al 22 de noviembre de 2002 y continúan vigentes a efectos del presente procedimiento; que acreditan la representación de la misma: a) Microsoft Corporation, b) Autodesk Inc, c) Symantec Corporation, d) Macromedia Inc, e) Adobe System Incorporated y f) Bentley Systems Inc (fs 317/370).

Efectuada la pericia del material incautado el día 14 de noviembre de 2002, el perito A/S CC, verificó y constató que se trataban de copias de programas apócrifos de titularidad de las empresas Microsoft Corporation, Symantec Inc, Autodesk Inc, Adobe Inc y Macromedia Inc, las que se encontraban destinadas a ser comercializadas y no contaban con la correspondiente autorización de sus autores.

El citado perito, agrega que "...los CD revisados eran cd comunes de los que se adquieren en cualquier comercio, los que eran utilizados como soporte de las copias de los programas.

Cuando el CD es original se distingue claramente por su envase, por los estampados, hologramas, logos e identificaciones de la empresa titular, así como también porque vienen acompañados de licencias, manuales y números de identificación del producto.

Ninguno de estos elementos se encontraba en el material examinado por lo que concluyo que se trataba de copias de programas.

Se adjunta planilla con lista de los programas encontrados en los CD revisados indicando la

cantidad en caso de encontrarse más de una copia del mismo producto, así como también se indica la empresa titular del software...".

El día 22/11/2002, fueron interrogadas tres empleadas de los locales comerciales de propiedad de AA: DD, de 31 años de edad declara en lo sustancial, que venden Hardware, discos duros, memorias ram, máquinas, tarjetas de video, de sonido, monitores, mesas e insumos varios, que recibe órdenes de AA, que ella no realiza copias de programas y de juegos, y al ser interrogada ¿si ud ha visto quien realiza los Cds, cuya fotografía se le exhibe (foto letra A)?, responde: "Es material de YY y que el dueño lo depositó ahí, no se estaba utilizando, personal de nuestro local no lo utilizaba. no se quien los hizo, los llevó el dueño para ahí"; EE, de 27 años expresa que venden insumos de computadoras, que recibe órdenes de AA, solamente de él, que ella no realiza copias de programas y de juegos, y al ser preguntada sobre si tiene conocimiento de quien realiza dichas copias, contesta: "No, porque los CDs los trae AA...". Al ser interrogada ¿Si Ud ha visto quien realiza los Cds, cuya fotografía se le exhibe (foto Letra A)? Responde: "No, esos Cds los trajo AA, pero no se de donde los sacó, los trajo y los dejó ahí. ¿si sabe de que son esos Cds y para que fueron dejados ahí?, responde: "Algunos eran STAR OFFICE (programa) y juegos.

Por su parte, la empleada FF, de 24 años de edad, declara que venden insumos de computación, que recibe órdenes directas de AA haciendo lo que él le decía, y al ser preguntada si ella realizaba copias de programas y de juegos contestó que "No.". Al ser preguntada sobre si sabía quien realizaba dichas copias contestó: "...No, eso lo traía Hugo y lo ponía ahí". Agregando a la pregunta de si había visto quien realizaba los CDs, cuya fotografía se le exhibe (foto Letra A), respondió que: "Eso, lo trajo

Hugo en este año, pero no se bien cuando los trajo ni de donde los trajo”.

Interrogado el indagado AA, con la asistencia de su abogada, ejerció su derecho a no responder las preguntas formuladas por la entonces Juez, titular de la Sede Penal de 17º turno, y fue informado debidamente de ello. (vide fs 90/95 y 102/105).

El día 12 de diciembre del año 2004 a fojas 212/215, el perito técnico en computación, A/S BB, aclara y amplía la pericia realizada el 14/11/2002 expresando en lo sustancial: “En el peritaje realizado en su oportunidad se constató lo siguiente:

RESPECTO A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS MAGNETICOS. (CDs):

Los CDs revisados no poseen estampados de calidad impresos sobre la superficie del mismo, donde se indique el producto de software que contienen, ni el productor, ni logos de las empresas, ni las leyendas de derechos de autor, ni algún tipo de holograma que asegure su autenticidad como sí lo tienen los CDs de programas originales.

No se encuentran alojados en los estuches originales (de plástico o sobres de cartón) con tapa y contratapa en caso de ser estuches estampadas a color con la indicación del nombre y versión del software que contiene, logos y leyendas de la empresa, cualquier tipo de clave (llamadas en algunos casos CD-Key) ni los códigos de barra utilizados por los fabricantes para control de la producción.

RESPECTO AL CONTENIDO DE LOS CDs:

En su mayoría se trata de copias del contenido de los CD originales de programas de ins-

talación de software. Es decir el CD original de un programa no contiene directamente el programa sino una serie de herramientas de software que le permiten al usuario instalar ese programa en su computador para que funcione correctamente... Estas herramientas verifican que los números o claves suministradas por el usuario sean los correctos y permiten entonces concluir la instalación, luego de lo cual el usuario podrá utilizar el programa en su computador.

RESPECTO A LOS PROGRAMAS ENCONTRADOS:

La lista de programas que se aportó a la pericia es ratificada por este perito y se trata de los programas encontrados en los CD que fueron revisados el día que se realizó la pericia, indicando la cantidad de copias para cada uno de ellos. Esta cantidad no se refiere a cantidad de CDs sino a cantidad de veces que se ubicó el programa de instalación de ese software. Además se trata solamente de los programas cuyos productores son cualquiera de estas 5 empresas que son las comparecientes y por las cuales se realiza la pericia: MICROSOFT CORP.SYMANTEC INC.AUTODESK INC. ADOBE INC.MACROMEDIA INC.

A modo de ejemplo y como forma de ilustrar a la sede se seleccionaron 3 CD de los incautados y se adjunta fotocopia de la cara de cada uno en su estuche, acompañado de fotocopia de la cara del CD original del producto, junto con su estuche original y fotocopia de la caja y la licencia en su caso.

A continuación se referencian estos elementos: Anexo I:....Anexo II...” (vide fs 204/211)

Este perito designado en autos por la denunciante, ante el interrogatorio realizado por la Defensa del encausado luego de detallar los

trabajos realizados, de brindar conceptos técnicos y definiciones de software y tipos de los mismos, de programas, etc, afirma que verificó y analizó los 3500 cds y ratifica en todos sus términos, las conclusiones arribadas en su pericia primaria (fs 491/495).

El dictamen del mismo, a juicio de la Sala, fue completo, claro y convincente.

Devis Echandía, en posición que comparte el Profesor Angel Landoni, entiende que dicha pericia de parte o dictamen pericial aportado al proceso, para adquirir valor probatorio, deberá necesariamente ser ratificado con las formalidades legales del testimonio judicial, en el curso del proceso. Una vez cumplida esta formalidad, indispensable para que la prueba exista y pueda ser controvertida, tendrá el valor de la prueba testimonial (cf. Revista Judicatura N° 33, pág 66), como acaeció en autos.

En cambio, GG, perito en computación, designado por la Defensa, se limita a concluir que no es aplicable al caso de autos, lo relativo a la piratería de música o video o películas y que le resulta imprescindible disponer de las acreditaciones de los titulares de las obras de software reclamadas a efectos de arribar a una conclusión eficaz, fidedigna e incontrastable (vide fs 432/435).

El contumaz error esgrimido por el encausado a lo largo del proceso de que su actividad es lícita y no es delictiva, se diluye frente al material de cargo reunido, el que se integra con las actuaciones policiales con actas de incautación y fotografías adjuntas (fs 2/31 y 33/35); Denuncia presentada por la Dra CC (fs 83 y vto, 310 y 317/369), Informes Periciales de fs 32 y 212/215 y 408/410 y 432/435; declaraciones de las empleadas del encausado, DD (Fs 84/85vto), EE (fs 86/87) y FF (fs 88/89), declaraciones del encausado AA (fs 90/95 y 102/105);

planillas de antecedentes judiciales del ITF (fs 120/121), declaraciones de la denunciante (fs 310), Testimonios protocolizados, legalizados y traducidos presentados por la denunciante (fs 317/369 y 370 yvto) y declaraciones del perito BB (fs 491/495).

En cuanto a los agravios específicos de la Defensa la Sala irá a su rechazo.

La Defensa afirma que de la lectura armónica de las tres leyes relativas al caso de litis (9.739, 15.289 y 16.717), y antes bien, del sentido común dimanado de lo que se pretende proteger (el bien jurídico tutelado), uno tiene el deber de concluir que es requisito previo, de admisibilidad diría, el que quien invoca un derecho tutelar sobre determinada autoría intelectual, demuestre fehacientemente ser el autor de dicho producto de la inteligencia.

La misma entiende que no hay delito alguno, por varios motivos, pero a los efectos de este capítulo, porque no hay titularidad de derecho alguno que haya sido violentada como bien jurídico tutelado. ¿hay en los obrados alguna prueba cierta y formal de que los derechos de autoría que se dicen proteger hayan sido inscriptos y por tanto, reclamados como propios por alguien- cualquiera, en el planeta? De los materiales allanados y ulteriormente confiscados no queda probado en modo alguno que refieran a algún producto de la inteligencia debidamente tutelado por el derecho vigente.

En primer lugar, la Dra CC, Representante legal de ADOBE INCORPORATED, AUTODESK INC, MACROMEDIA INC, MICROSOFT CORPORATION Y SYMANTEC, el día 22 de noviembre de 2002, se presenta ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 17° turno, ratificando la denuncia policial presentada ante la Seccional Policial 14° de Mon-

tevideo, contra el ciudadano AA por la comisión del delito de reproducción ilícita de obra (art 46 de la Ley N° 9739 en la redacción dada por el artículo 23 de la Ley N° 15.913.

El día 29 de noviembre de 2007, la citada abogada, en nombre y representación de los denunciados, dando cumplimiento a la intimación practicada en la audiencia realizada el 22/11/2007 se presenta y acompaña los testimonios de los poderes debidamente protocolizados, legalizados, traducidos y vigentes, de las empresas A) Microsoft Corporation, B) Autodesk Inc, C) Symantec Inc, D)Macromedia Inc, E) Adobe Systems Incorporated y F) Bentley Systems Inc.

De la pericia realizada el día 14 de noviembre de 2002, analizado el material incautado al encausado, se encontró y constató fehacientemente copias de programas de titularidad de las empresas MICROSOFT CORPORATION, SYMANTEC INC, AUTODESK INC, ADOBE INC Y MACROMEDIA INC, (vide las fotografías de fojas204 a 211), quienes se encuentran protegidas por leyes de derechos de autor y por tratados internacionales sobre derechos de autor.

“De acuerdo al Glosario de la OMPI, autor es la persona que crea una obra literaria, artística o científica, que producto del talento humano, se realiza y concreta en una “creación individual”, con características de originalidad, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento” y ya que estas empresas como sujeto pasivo del delito no pueden crear por si sola una obra, lo hacen a través de las personas físicas que las componen, los derechos que éstas pueden adquirir sólo lo hacen con carácter derivativo”.

“El software como obra protegida; no es necesario el registro de la obra para su protección,

la cual queda garantizada conforme al Convenio de Berna (artículo 5.2) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), artículo 9 que ordena la aplicación del Convenio de Berna, sin necesidad de cumplimiento de formalidades, con lo cual su tutela nace solo con la creación”.

El artículo 2 del Convenio de Berna reza: “El goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se registrarán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección” (CF Anuario de Propiedad Intelectual 2003, Universidad de Montevideo, pág 126).

Los documentos agregados de fojas 320 a 369 comprueban la titularidad de los sujetos pasivos lesionados en sus derechos intelectuales.

Además el carácter público de la acción y la no exigencia expresa del requisito de la instancia en el art 46 de la Ley N° 9739, imponen que ésta no sea necesaria, siendo por tanto irrelevante que los denunciados no sean los propietarios de las obras objeto del delito aunque si cuentan con poderes vigentes y en forma para accionar en nombre de los mismos.

La Defensa cuestiona la competencia de la Sede de Primera Instancia, quien actuó por el reconocido instituto de la “acumulación de autos” y no resultó competente por razón de turno.

Se irá a su rechazo, ya que la conexión procesal edictada en el artículo 46 del Código del

Proceso Penal, habilita a dicho Juzgado a conocer en un proceso que normalmente no sería de su competencia.

Además y “ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código del Proceso Penal, “ la incompetencia por razón de lugar o del turno es relativa y puede hacerse valer por las partes dentro de los diez días perentorios siguientes a la notificación de la primera providencia del Juez a quien se considere incompetente, si éste no se ha inhibido de oficio. La Jurisprudencia de la Corte es firme en cuanto a que el juez goza de ese mismo plazo. Si transcurrido el mismo no ha resignado conocimiento, debe seguir entendiendo en la causa que previno. (Sentencia Interlocutoria N° 598/91, que recoge dictamen fiscal; García Otero, Marabotto y Torello).

De la nulidad absoluta por errónea interpretación del Principio “Non bis in Idem”

Afirma que el numeral IV de la exposición de motivos del Tribunal actuante es clarísimo en cuanto al menoscabo del debido proceso. De hecho se procesó de facto, se mandó procesar mediante el instituto “de la tortura”...

El Tribunal, ergo, mandó anular la providencia impugnada.

Se pregunta si el procesamiento dictado sobre una causa ¿puede volver a dictarse? El actual Defensor del encausado, entiende que no, en atención al principio del “non bis in idem”, consagrado. No se puede volver a juzgar lo ya juzgado y la nulidad es absoluta: no puede nunca ser subsanada sin violentar el debido proceso y las garantías de máximo rango.

Se llegó a un procesamiento mediante el instituto de la tortura psicológica y el apremio de saberse cautivo...

Este Tribunal con diferente integración, y con la discordia del actual Ministro, Dr. William Corujo por Sentencia Interlocutoria N° 298 del 8/8/2003, declaró nulo únicamente el auto de procesamiento impugnado y remitió el expediente a la Sede “a quo” a sus efectos.

El fundamento fue que la Juez titular el día 22 de noviembre de 2002, dictó la sentencia interlocutoria de encausamiento, antes de que el órgano jurisdiccional “ad quem” emitiera decisión sobre el incidente de recusación planteado por la Defensa y esa transgresión a una norma prohibitiva generó la nulidad de la providencia impugnada.

Y el Magistrado actuante no puede dictar sentencia interlocutoria o definitiva hasta tanto el órgano “ad quem” no decida respaldar su intervención.

Esta Sala, no ingresó a juzgar el mérito de fondo del presunto delito imputado al indagado, en consecuencia no confirmó el auto de procesamiento ni lo revocó, sino que lo anuló por los fundamentos recién expresados.

La Sede de Primera Instancia, con nuevo Juez titular, recibió la causa y reenvió el proceso hasta el estado en que se hallaba al momento de causarse la nulidad, es decir hasta la actual foja 106, donde se había realizado la audiencia ratificatoria (fs. 102/106) edictada en el artículo 126 del Código del Proceso Penal, en la que se cumplió con el requisito indispensable del interrogatorio sobre los hechos, habiéndole brindado al indagado, previamente y durante el desarrollo de la misma la asistencia de su defensor y eventual formulación de interrogar y realizar repreguntas o rectificaciones, realizando el mismo indiciado, alegatos de su presunta inocencia, (es decir, los actos anteriores se cumplieron conforme a la ley, y no se vieron afectados por un acto nulo posterior.)

Pero la Defensa olvida, que al disponer la Ley que tienen plena validez las restantes actuaciones cumplidas antes y después del acto declarado nulo, es válida la providencia que decreta el procesamiento dictado por el actual Juez titular de la causa.

Por el principio de Independencia consagrado en el artículo 102 del Código del Proceso Penal: “La nulidad de un acto no importa la de los anteriores” ni la de los sucesivos que sean independientes de aquel.”

El auto de procesamiento es válido, ya que se cumplió con todos los requisitos necesarios para su perfeccionamiento.

En cuanto a la violación del principio NON BIS IN IDEM.

El Principio se remonta a la V Enmienda de los Estados Unidos “nadie podrá ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal”. Luego, conforme al criterio jurisprudencial del double jeopardy la Corte Suprema de dicho país ha sostenido como garantía elemental de un Derecho Penal liberal que nadie sea castigado más de un vez por el mismo hecho y más aún, a partir de tal enmienda se estatuye la imposibilidad que la persona pueda verse en peligro de adscripción de pena a través de un nuevo sometimiento a Proceso.

La normativa nacional ha recogido el Principio en el artículo 3º del Código del Proceso Penal, cuando establece bajo el nomen juris (Prohibición del doble enjuiciamiento) “Ninguna persona puede ser procesada dos veces por un mismo hecho constitutivo de infracción penal, excepto cuando la conclusión del primer proceso no extinga la acción penal

Como lo sostiene Arlas, “normalmente, el proceso penal termina por una sentencia ejecutoriada de condena o de absolución, que extingue la acción penal; o, en otros casos, por una auto de sobreseimiento que tiene la misma eficacia de una sentencia absolutoria y que también extingue la acción penal.

En cambio, no se extingue la acción penal cuando el proceso termina, por ejemplo, porque falta el cumplimiento de una cuestión previa, pues de acuerdo con el artículo 24 procede en estos casos, “la inmediata clausura del proceso penal”, sin que medie un pronunciamiento sobre el fondo, es decir sin que exista una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que produzca aquel efecto extintivo.

En estos casos, podrá ejercitarse nuevamente la acción penal si ella no ha quedado extinguida por alguno de los otros modos de extinción (por la muerte del imputado, por la prescripción, por la cosa juzgada, el desistimiento, por la amnistía, por la gracia)”(CF C. De Derecho Procesal Penal. T I, José Arlas, pág 56/58).

Estos ejemplos dados por el Profesor Arlas son totalmente trasladables al caso en estudio y como ya se reseñó precedentemente, esta Sala con anterior integración, por Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia N° 298 del día 8 de agosto de 2003, no se pronunció sobre el fondo, ni sobre la culpabilidad o inocencia del indagado, y no clausuró y archivó el expediente.

Además no existe en curso otro proceso penal incoado al indagado que atañe a iguales hechos.

Por otra parte, los acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos a los que ha adherido nuestro país, también se han ocupado del tema.

Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye en su art 8.4 que “El inculpa- do absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art 14.7 prevé que. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Del texto de estos acuerdos internacionales, se desprende que solo los imputados absueltos o condenados estarían habilitados para excepcionarse mediante la garantía en consideración.

La Defensa entiende que el art 5º de la Ley 9739 es inconstitucional y manifiesta que será la Suprema Corte de Justicia la que declare la inconstitucionalidad de dicho artículo, pero no acude a las vías legales procesales pertinentes; por tanto siendo un tema ajeno a la alzada, nada, sobre tal aspecto, habrá de expedirse el Tribunal.-

El encausado entiende que al tiempo de la presunta consumación no había ley que prohibiera dichas conductas atribuidas y que, por tanto, se trata en la especie de una criminalización por analogía que no comparte de ninguna manera.

Sostiene que no hay interpretación extensiva posible.

A modo de conclusión, podrá sostenerse pues que la ley 9.739 no describe una conducta típica como la que sí describe la más nueva y posterior a los eventos que se dilucidan en autos.

Que su referencia abierta y genérica a cualquier producto de la inteligencia requiere de una norma posterior que la explicita e interpre-

te adecuadamente para ser aplicada comme il faut. Extender dicho criterio a la casuística, hacer juicio de tipicidad con tan poco y tan abstracto, será vulnerar el principio de legalidad y también el de reserva.

Previamente debemos dar el concepto de “SOFTWARE”, “que es de origen sajón y fue traducido al castellano como “soporte lógico”. Pero es denominado también, soporte blando, programa de ordenador, programa de computación, etc, y la tutela jurídica abarca no solo el programa propiamente dicho, sino toda la documentación que brinda apoyo al programa (Ej Manuales).

“Siguiendo la línea de los conceptos brindados por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) podemos definir al programa de ordenador como un conjunto de instrucciones que cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultados determinados”.

“En la actualidad está ampliamente reconocido que el programa de ordenador constituye una obra del intelecto, resultante de un proceso creativo asimilable al que requiere una obra literaria o cinematográfica, y que cuando es original en su composición y en su expresión, está protegido por el derecho de autor, independientemente de la posibilidad de que sea protegido por el sistema de patentes siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello” (cf Anuario de Propiedad Intelectual 2003. Universidad de Montevideo, pág 121/122).

“Los Convenios Internacionales y Leyes nacionales en materia de derecho de autor no establecen limitaciones en relación a las obras protegidas.

El Convenio de Berna, fundamento del derecho de autor internacional, reafirma el principio de que la protección alcanza a toda obra de carácter creador, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o destino” (art 2.1) (CF. 3er Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Dr. Eduardo de Freitas. Uruguay, pág 621)

Nuestra Jurisprudencia tanto en el ámbito administrativo (Sentencia N° 174/1990 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo), como judicial ha sido unánime al incorporar dentro del marco jurídico de la propiedad literaria y artística al programa de ordenador.

La Suprema Corte de Justicia, en Sentencia N° 74 de fecha 22 de marzo de 2002, siendo el redactor, el Ministro, Dr. Leslie Van Rompaey expresa en lo medular: “...En definitiva existe, sin duda, un notorio consenso en sostener que el software constituye un producto de la creación de la inteligencia.

Sobre la base del marco conceptual anterior resulta posible incluir al software por vía extensiva, a la luz de la interpretación del inciso final de la disposición, sin vulneración de tipo alguno del Principio de Legalidad, cuya vigencia no resulta afectada, sino vigorizada.

Reproducir programas de ordenador, etc, conductas realizadas por el encausado deben reputarse atrapadas por la previsión del art 46 de la Ley N° 9739...”

Como lo expresa acertadamente en su voto, el Ministro, Dr. William Corujo: “Como ha señalado nuestra jurisprudencia, “el artículo 46 de la Ley N° 9739 del 17/12/1937. (Propiedad literaria y artística), castiga al que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización

de su autor o causahabiente o de su adquirente a cualquier título ...” Y el concepto del derecho protegido se encuentra en el artículo 1 de dicha Ley que refiere a ... “toda creación literaria, científica o artística”... A la hora de concretar ese concepto, el artículo 5 del texto se expresa a través de una fórmula muy amplia que designa a producciones de esa naturaleza que van desde composiciones musicales... Que concluye finalmente con el giro “Y en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”

“No existen dudas que la elaboración de un programa informático es una obra de la inteligencia, tan trascendente que constituye un emblema de este fin de siglo. Y si se debe encasillar en algún “item” del precepto penal, evitando dar flanco a la crítica que la norma penal en blanco violenta el principio de legalidad, puede hacerse sin esfuerzo, ubicando al software (programa de ordenador) dentro del concepto “obra científica y técnica” a las que refiere la predicha norma legal.

Todas las doctrinas citadas por la Defensa no hacen más que afirmar este criterio. Todas las opiniones sostienen que se trata de una obra intelectual, sin duda alguna...” Y citando a MILELLA expresa que “los programas de computación pueden ser comunicados a los sentidos humanos tanto a través de su versión escrita... Como a través de su ejecución por el computador. Los autores de software lo perciben principalmente de la primera forma y los usuarios del mismo principalmente de la segunda forma”(RDP. T. 12 caso 413, páginas 480-481)”

En definitiva, a juicio del Tribunal, no se ha violado con la calificación delictual, el precitado principio de legalidad.

El Profesor, Milton Cairoli entiende “que el programa de ordenador es el resultado de la inte-

ligencia de su creador, por lo que siempre que sea original estaremos en presencia de un bien intelectual

La calidad e importancia del derecho emanado de un programa de computador, que como ya se ha dicho es un derecho intelectual, justifica en realidad la incursión del derecho penal en el tema.

La OMPI, en su glosario, al definir la palabra “obra”, dice que su alcance real se entiende por lo general en su sentido más amplio que sea posible.

No interesa mayormente la naturaleza jurídica del programa de ordenador, es decir, si se trata de una obra literaria o de una obra científica, por lo menos en lo que se refiere a la mayoría de las legislaciones, que como ya se ha indicado, contienen una concepción amplia de lo que es la obra del intelecto, empleando expresiones ejemplificativas y comprensivas de otras similares... o la propia de la ley uruguaya N° 9739, que emplea los términos de... “toda producción del dominio de la inteligencia.

“En el derecho comparado se utilizan términos similares como en el Convenio de Berna que define en forma amplia “...todas las producciones en el campo literario, científico, artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos...” Esta última expresión nos lleva a la consideración de que escrito, para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, es toda clase de obra expresada en forma escrita, cualquiera que sean los signos de la fijación”.

“Esta resolución fue adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas por Directiva del 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador y está

contenida en la propuesta del Acuerdo General de Aranceles y Comercio en la Ronda Uruguay, además de constituir la opinión de la OMPI”.

“Como ya se ha afirmado antes, esta ley no define el producto intelectual, científico o artístico, pero enumera muy extensamente las obras que pueden ser alcanzadas, y al final incluye a “toda producción del dominio de la inteligencia”, Y si como expresamos ya, el programa de ordenador integra el elenco de los derechos intelectuales como una producción más del dominio de la inteligencia, no puede haber duda respecto a que ésta es la única norma que rige todo lo referente a sus violaciones en el ámbito del derecho penal.”

En efecto, a través de la operación de interpretación extensiva, absolutamente permitida en derecho penal, es posible extender la palabra de la ley a situaciones que en principio parecen no estar comprendidas”

Se trata simplemente de ampliar la palabra de la norma para captar su sentido, pero teniendo precaución de no franquear los límites legales para que esa interpretación extensiva se pueda transformar en analogía, lo que está prohibido en derecho penal, a excepción que ella se haga en favor de la parte”

El programa de ordenador es, sin dudas, un ejemplo de esta situación: obsérvese, se protege penalmente al libro, a la obra de arte, a toda creación de la inteligencia humana, por lo que la única consecuencia posible es que también se le incluya a aquel” (CF Revista de Ciencias Penales, N° 1 pág 49/56).

De la violación del Principio de Congruencia.

El recurrente expresa que el auto de procesamiento se dictó en mérito a ciertas normas que

fueron debidamente citadas tal y como puede leerse en su parte no dispositiva y de fundamentos jurídicos a saber, y entre otras de aspecto procesal y penal: el art 46 de la Ley N° 9739 y el artículo 1° de la Ley N° 15.289. Más luego, la sentencia de condena no opera sobre la base de estos solos artículos, sino que para alcanzar y justificar su vigor, refiere a la parte final del art 5 de la ley del año 1937.

El auto de procesamiento contiene una calificación jurídico penal “prima facie” de los hechos que se imputan, que naturalmente puede ser modificada o ampliada en la sentencia definitiva.

Lo que violaría los principios del debido proceso faltando a la necesaria congruencia entre enjuiciamiento y sentencia, sería si en la acusación y en la sentencia se incorporaran hechos distintos a los que motivaron el procesamiento y no hubieran sido objeto de discusión ni de probanza.

En el caso de autos, el cuadro fáctico que sustentó el procesamiento es claro y exactamente el mismo en que se fundan acusación y sentencia, y no se configura ninguna irregularidad procesal que viole las garantías del imputado.

Finalmente cuestiona que se hubiera logrado prueba idónea para condenar al imputado, el delito imputado (Reproducción y Comercialización ilícita de Programas y Juegos de Computación sin autorización de su autor), existiendo solamente como prueba, la que surge de los materiales incautados y la que surge de los peritajes practicados, desacreditando el peritaje realizado por el Perito en computación, Paulo Cutruneo, designado por la denunciante, ya que deja dudas sobre lo justificable de esta litis.

Para el Colegiado esto no es así. En efecto, en primer lugar, se constató el extremo en los allanamientos realizados por la autoridad administrativa, (con la presencia del encausado y su abogada), donde se incautaron nada más y nada menos que aproximadamente 3500 CDs, (vide fs 2/55), siendo que 1000 Cds de programas, inmediatamente fueron analizados por el perito técnico, Paulo Cutruneo, en la Seccional Policial 14°, quien determinó que se trataban de copias de programas de titularidad de las empresas ya mencionadas.

Posteriormente, el titular del Juzgado Penal de 17° turno por decreto N° 410 de fecha 17 de marzo de 2004, y como diligencia para mejor proveer dispuso: ... 2) Practíquese peritaje más detallado y minucioso al material incautado, a cargo de la denunciante, y en setiembre del año 2004, el citado perito retiró del Depósito del Poder Judicial, 17 cajas conteniendo todos los CD incautados en el procedimiento y ratificó su primigenia pericia, mediante dictámen ampliatorio de fecha 12 de diciembre de 2004 y luego de ser interrogado por la Defensa, el 11 de mayo de 2010 (fs 491 a 495).

En suma la sentencia en examen, como ya se expresó, ut supra, parte de un correcto planteo de los hechos probados, valora adecuadamente, los diferentes elementos probatorios y aplica en forma justa las disposiciones legales en cuanto a la tipificación.

II) CIRCUNSTANCIAS ALTERATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD

Si bien las alteratorias y la pena impuesta, no fueron materia de los agravios formulados por la Defensa, sin perjuicio de ello, la Sala ha ingresado a su consideración, estimando que se computó correctamente la agravante genérica de la continuidad

III) INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

La pena de dieciocho (18) meses de prisión impuesta en primera instancia es legal y adecuada al caso y se respetaron las pautas determinadas por el artículo 86 del Código Penal, por lo que procede entonces a confirmar la misma.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 1, 3, 18, 46, 58, 60, 85, 86, 104 a 106 del Código

Penal, artículos 1, 5, 46, 47 y concordantes de la Ley N° 9739, Ley N° 15.913 y artículo 245 y concordantes del Código del Proceso Penal, el Tribunal

FALLA:

Confírmase la Sentencia de Primera Instancia.

Y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.-