

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

“Software”. Obra protegida

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I.

FECHA: 5-9-1997

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en “La Ley” (1998-E), 355.

OTROS DATOS: A. Luján y Carlos M.

SUMARIO:

“La cuestión traída a estudio de este tribunal se ciñe a dilucidar si el «software» constituye o no uno de los elementos normativos típicos del art. 72 inc. «a» de la llamada ley de propiedad intelectual, o sea, si es obra protegida por dicha normativa penal”.

“.. el «software» si reúne los caracteres de originalidad e integridad que debe rodear a toda obra para ser subsumible el tipo específico”.

“La ley 11.723 [de propiedad literaria y artística, nota del compilador] protege la propiedad científica, literaria y artística, y particularmente, a través de su inc. «a» del artículo 72, tutela tanto la propiedad del creador de la obra, como de sus legítimos usuarios, contra los comportamientos que la ley reputa como ilícitos, vale decir, contra la edición, venta o reproducción, por un tercero, de una obra inédita, o publicada, sin autorización de su autor o derechohabiente”.

“Sin duda el «software» se encuentra incluido en el catálogo de obras que ampara esta ley. Ello así, ya que él es la resultante de una actividad mental creadora, encaminada, en la especie, a la creación y desarrollo de un soporte técnico que allana el camino en el aspecto funcional entre la computadora y el usuario. El «software» identifica a la parte intangible de un sistema informático y contiene una serie de operaciones lógicas que requiere el computador para realizar una tarea determinada (Langenauer, Inés B., «El software en la ley 11.723», ED, 132-629)”.

“Precisamente, lo que otorga de singularidad a este tipo de programas es la intervención humana, que en su faz intelectual logra reordenar esos elementos en pos de obtener un nuevo producto comercial más avanzado que simplifique, como ya dije, la tarea del usuario. A ello se agrega que “las etapas sucesivas y autónomas de elaboración intelectual evidencian la capacidad creadora de sus autores, quienes despliegan en su desarrollo la imaginación para definir situaciones puntuales, acompañadas de su saber científico y técnico a fin de alcanzar resultados atractivos para el usuario (Langenauer, ob. cit.)”.

“Esa inclusión particular y especial, fruto del intelecto, es lo que le imprime originalidad al producto, en este caso, al sistema de soporte, circunstancia que permite al consumidor tener la posibilidad de optar entre los diversos «software», cuya individualidad no se puede discutir, que se encuentran a disposición suya en el mercado”.

“Por último, la sentenciante concluye su pensamiento jurídico al señalar que el «software» no persigue la búsqueda de un fin o placer estético, ya que no hace a su vocación el ser comunicado al hombre. Tal afirmación es incorrecta pues no es requisito ni tampoco de la esencia de cualquier obra literaria, científica o artística, el citado fin o placer estético. La obra no debe transmitir o reflejar belleza alguna perceptible a los sentidos para ser considerada como tal. Piénsese en los tratados penales, comerciales, o en cualquier obra científica, en los cuales los diversos autores tratan de modo científico y sistemático el estudio de alguna ciencia en particular, sin que ello refleje belleza o placer estético alguno”.

COMENTARIO:

La mayoría de las leyes de reciente promulgación en los países latinoamericanos, con algunas variantes de forma, definen al “software” como la “... expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”. De acuerdo a ese concepto, lo protegido no son las instrucciones en sí mismas (ya que no son objeto de protección por el derecho de autor las ideas, los procedimientos, métodos o conceptos matemáticos en sí), sino la forma de expresión de esas instrucciones. Se estima que la noción de “software” no sólo alcanza al programa mismo, sino también a su descripción o documentación técnica (que comprende una representación de las instrucciones, suficiente para determinar las operaciones que constituyen el programa) y a los documentos auxiliares o manuales de uso. De allí que al hablar de “programa de computación” o de “ordenador” deba entenderse que incluye a la expresión de la secuencia de instrucciones, a la descripción técnica y a la documentación auxiliar, como lo disponen varias legislaciones. Por supuesto que a la misma conclusión se llega a la luz de cualquier ordenamiento que, según es unánime en el Derecho Comparado, indique entre las obras protegidas a las expresadas por escrito, que es el caso de tales documentos técnicos. Pero el programa de computación es una obra compleja, en el sentido de que forman parte de él diversos elementos creativos, algunos captados directamente por el hombre (“elementos ostensibles”) y que constituyen las “interfase de usuario”, y otros que conforman “elementos ocultos” (estructura interna del programa), no legibles por el ser humano. Por ello, y para evitar confusiones en el intérprete que, por ejemplo, descartaran el plagio cuando lo usurpado es el “elemento oculto” del programa o desecharan la tutela del sistema operativo, resulta conveniente aclarar expresamente que la protección se extiende tanto al programa fuente como al programa objeto (ADPIC, art. 10,1), a “cualquiera que sea su modo o forma de expresión” (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, art. 4), u otra expresión equivalente de las usadas por varias leyes nacionales. Es de hacer notar, finalmente, que como lo reconoció la doctrina y la jurisprudencia antes de las reformas legislativas de los últimos años, el programa de ordenador siempre tuvo cabida en la protección por el derecho de autor, en su carácter de producto del ingenio humano con características de originalidad y dado el carácter simplemente enunciativo de los catálogos contenidos en las leyes y tratados sobre las obras protegidas. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

El doctor Rivarola dijo:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta sala en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra los puntos dispositivos I, II y III de la sentencia absolutoria de fs. 871/882, por el ministerio público a fs. 883 --puntos dispositivos I y II--, y por la parte querellante a fs. 891, fs. 893 y fs. 904 --puntos dispositivos I, II y III--, remedios procesales concedidos libremente por la juez sentenciante a fs. 906.

Mantuvo el recurso y expresó agravios a fs. 912/913 el fiscal de Cámara solicitando se condene a los procesados Carlos M. Abram Luján y Raúl M. a la pena de 2 años de prisión por considerarlos autores penalmente responsables del delito previsto en el inc. "a" del art. 72 de la ley 11.723, por los argumentos allí expresados.

A fs. 1003/1024 expresó agravios la parte querellante, solicitando la aplicación de una pena en idénticos términos a los del acusador público, más por 27 hechos que concurren materialmente entre sí, planteando la reserva del caso federal.

A fs. 929/1002 y fs. 1025/1027 intentó mejorar fundamentos la asistencia letrada de los imputados Luján y Martín, solicitando la confirmación del pronunciamiento recurrido en toda su extensión, haciendo reserva del caso federal.

I. Se le reprocha a los procesados haber reproducido y/o vendido sistemas operativos de computación, denominado "Software", en sus versiones MS D. O. S., DBase II, DBase III Plus, MS-Word, DBase IV, MS-Quick Basic, MS-Fortran, MS-Multiplan, MS-File Header Utility, todos ellos pertenecientes a las empresas "Microsoft Corporation Inc." y "Ashon-Tate Corporation", sin contar con su debida autorización, a través de la oficina montada en la calle Ayacucho 1739, piso 4º, oficina "A", y por intermedio de las firmas "SRM" --Avda. Santa Fe 834--, "Resol S.A." --Avda. Córdoba 807--, "Compuclub" --Paraná

537-- e "Instituto Argentino de Computación" --Avda. Corrientes 830, piso 1º--, todas ellas situadas en el radio de esta ciudad.

II. La cuestión traída a estudio de este tribunal se ciñe a dilucidar si el "software" constituye o no uno de los elementos normativos típicos del art. 72 inc. "a" de la llamada ley de propiedad intelectual, o sea, si es obra protegida por dicha normativa penal. La a quo interpretó en el fallo examinado, acudiendo a las diversas fuentes normativas que regulan este tema, como así también con profusa cita de opiniones de diversos autores, que el "software" no reunía los caracteres esenciales que individualizan a una obra intelectual.

Discrepo con esta postura, por interpretar que el "software" sí reúne los caracteres de originalidad e integridad que debe rodear a toda obra para ser subsumible el tipo específico.

La ley 11.723 protege la propiedad científica, literaria y artística, y particularmente, a través de su inc. "a" del art. 72, tutela tanto la propiedad del creador de la obra, como de sus legítimos usuarios, contra los comportamientos que la ley reputa como ilícitos, vale decir, contra la edición, venta o reproducción, por un tercero, de una obra inédita, o publicada, sin autorización de su autor o derechohabiente.

Sin duda el "software" se encuentra incluido en el catálogo de obras que ampara esta ley.

Ello así, ya que él es la resultante de una actividad mental creadora, encaminada, en la especie, a la creación y desarrollo de un soporte técnico que allana el camino en el aspecto funcional entre la computadora y el usuario. El "software" identifica a la parte intangible de un sistema informática y contiene una serie de operaciones lógicas que requiere el computador para realizar una tarea determinada". (Langenauer, Inés B., "El software en la ley 11.723", ED, 132-629).

Conforme se desprende de este orden de ideas, discrepo con la sentenciante en cuanto ella concluye que el "software" carece de rasgos de originalidad por ser el producto de reiteradas secuencias lógicas y estructuras, tal

como lo afirma a fs. 876 vta. Precisamente, lo que otorga de singularidad a este tipo de programas es la intervención humana, que en su faz intelectual logra reordenar esos elementos en pos de obtener un nuevo producto comercial más avanzado que simplifique, como ya dije, la tarea del usuario. A ello se agrega que "las etapas sucesivas y autónomas de elaboración intelectual evidencian la capacidad creadora de sus autores, quienes despliegan en su desarrollo la imaginación para definir situaciones puntuales, acompañadas de su saber científico y técnico a fin de alcanzar resultados atractivos para el usuario". (Langenauer, ob. cit.).

Dice Ledesma --mi apreciado, distinguido, y antiguo colega-- que "la originalidad no es un concepto absoluto sino relativo, ya que es absurdo exigir originalidad absoluta en las obras del pensamiento humano" (Ledesma, Julio C., "Derecho penal industrial", p. 85, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987). Este carácter absoluto es el que parece ser el exigido por la sentenciante en su fallo. Mas en nada desmerece esa cualidad el hecho de utilizar anteriores programas como base de partida para nuevas inventivas, ya que lo producido guarda diferencias que la caracterizan en su originalidad, que le son propias, ausentes ellas en las obras anteriores. Esa inclusión particular y especial, fruto del intelecto, es lo que le imprime originalidad al producto, en este caso, al sistema de soporte, circunstancia que permite al consumidor tener la posibilidad de optar entre los diversos "software", cuya individualidad no se puede discutir, que se encuentran a disposición suya en el mercado. Sumo a ello, tal como lo señala la querella, que aún partiendo de la premisa según la cual los programas de computación actuales resultan ser obras derivadas, a ellas también la ley les otorga protección penal, específicamente receptadas en el art. 4º de la citada ley.

Se afirma en el pronunciamiento recurrido que el "software" carece de integridad, ya que "decididamente no se ajusta a su naturaleza, en tanto sufre constantes modificaciones a fin de acompañar la evolución de los sistemas". Este argumento resulta hartamente precario, toda vez que, reiterando lo dicho respecto de las obras derivadas, cualquier tipo de obra científica

sufre constantes cambios y actualizaciones al compás del desarrollo de la tecnología, sin que ello la desmerezca como obra única.

Por último, la sentenciante concluye su pensamiento jurídico al señalar que el "software" no persigue la búsqueda de un fin o placer estético, ya que no hace a su vocación el ser comunicado al hombre. Tal afirmación es incorrecta pues no es requisito ni tampoco de la esencia de cualquier obra literaria, científica o artística, el citado fin o placer estético. La obra no debe transmitir o reflejar belleza alguna perceptible a los sentidos para ser considerada como tal. Piénsese en los tratados penales, comerciales, o en cualquier obra científica, en los cuales los diversos autores tratan de modo científico y sistemático el estudio de alguna ciencia en particular, sin que ello refleje belleza o placer estético alguno.

Esta sala interpretó en reiterados pronunciamientos, que el "software" es una creación intelectual, susceptible por ende de ser incluida en la nómina de obras intelectuales protegidas por la ley 11.723 ("in re": c. 2.030, "Pelllicori, O.", del 17/10/94; c. 2.262, "Barrasa, M. E.", del 17/10/94; c. 6238, "Sianca, F. J.", del 17/2/97). La jurisprudencia, por su parte, ha reconocido en numerosos fallos al "software" como obra intelectual creativa ("in re": CNCrim. y Com., sala II, "Bausch y Lomb Argentina S. A.", c. 41.123, del 28/5/92; CNFed. Crim. y Correc., sala I, "Lotus Development", c. 24.829, del 4/4/94 --La Ley, 1995-C,570--).

Es cierto que en la postura contraria se encuentra la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa 400, "Autodesk Inc.", del 19/7/95 (LA LEY, 1998-B, 74). Si bien se reconoció allí el carácter intelectual del soporte técnico o "software", se consideró que él no se encuentra penalmente protegido por la ley de propiedad intelectual por carecer de los dos requisitos indispensables para ser tutelado penalmente, es decir, que se trate de una creación, por un lado, y la originalidad, por el otro. Idénticos argumentos son reproducidos por la a quo en su pronunciamiento, objeciones que, a mi entender, fueron acabadamente refutadas en esta causa por el enjundioso escrito de la parte querellante.

III. Los testimonios de O. A. P. a fs. 1/2, fs. 29/30, de la directora del Registro Nacional del Derecho de Autor H. R. a fs. 57, J. A. B. a fs. 118, E. O. M. a fs. 134, H. R. C. a fs. 139, el perito J. C. G. a fs. 426/428 y fs. 456/457, el licenciado en sistemas G. A. F. a fs. 429/431, el subinspector E. J. N. a fs. 449/450, G. A. F. a fs. 455, L. A. D. a fs. 572, las fotocopias de la documentación aportada por la querrela a fs. 16 --aviso periodístico--, fs. 34/46 y fs. 49/52 --catálogo de programas y la inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor--, el recibo original a fs. 17, el resultado de los allanamientos producidos en los inmuebles situados en Paraná 537, Avda. Santa Fe 834, Ayacucho 1739 y Avda. Corrientes 830, con el secuestro de diskettes, discos rígidos y manuales de computación, tal como lo refleja las actas de fs. 86/95 y fs. 102/107, el informe de fs. 305/307 producido por el citado registro, y las pericias de 327/329, fs. 379/410, y fs. 816/820, acreditan, con la certeza que exige un fallo condenatorio, la materialidad del hecho, la autoría de los procesados Luján y Martín, y la responsabilidad jurídico-penal de ellos, sin que concurran causa de justificación o de inculpabilidad alguna.

El alegato que realiza el imputado Carlos M. Abram Luján a fs. 111/112 sobre la creencia que su accionar no resultaba atentatorio de la ley 11.723, al excluirse, según sus dichos, el "software" como obra intelectual, resulta trivial y carente de todo sustento probatorio. El error de prohibición a través del cual Luján pretende disculpar su ilícita conducta opera cuando "el autor captó la circunstancia de hecho en forma correcta, pero extrajo de ella conclusiones equivocadas acerca de sus facultades para actuar; en otros términos, si él erró acerca de la naturaleza y ámbito de una causal de justificación (o también acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho)". (Maurach/Zipf, "Derecho Penal, Parte General", t. I, Trad. por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 7ª ed., parág. 37-I-19, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994). En particular, el procesado aduce un error de prohibición concreto. "El error de prohibición concreto consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativo, el autor supone, sea por apreciación jurídica impropia, una retirada

de la norma". (Maurach/Zipf, ob. cit., t. I, parág. 38-II-16).

En la especie, Luján no probó qué parámetro utilizó para afirmar lo lícito de su comportamiento, vale decir, si previo a su accionar consultó con un abogado o si conoció algún pronunciamiento judicial que tuviese por atípica alguna de las conductas especificadas por el inc. "a" del art. 72 de la ley aplicable respecto del "software". (Véase Maurach/Zipf, ob. cit., t. I, parág. 38-III-36). No debe olvidarse que el examen de evitabilidad del error de prohibición exige que la duda del autor sobre la legitimidad o ilegitimidad de su comportamiento debe resolverse a través de la omisión de esa conducta, o como vimos, por intermedio de la consulta con persona cualificada, que la despeje. Por todo lo dicho la presunta, causa exculpatoria que adujo el procesado carece de sustrato fáctico alguno que faculte a tenerla como cierta, no siendo más que una simple afirmación, sin influencia en la decisión por adoptarse.

IV. Reiterando aquí los argumentos especificados en el punto primero, los sucesos achacados a los procesados, vale decir, la reproducción y comercialización de los sistemas operativos denominados "software" propiedad de las compañías "Microsoft Corporation Inc.," y "Ashton-Tate Corporation", sin su debida autorización, se subsume en el tipo penal de inc. "a", del art. 72, de la ley 11.723. La reproducción y venta ilegítima de los sistemas operativos (Software) D-Base III Plus, versión 1.1; Microsoft MS-DOS, versión 3.21; Microsoft Word, versión 4.0; Microsoft Multiplan, versión 3.0; Microsoft Quick basic, versión 4.0; Microsoft Cobol Compiler, versión 2.1, en total 6 hechos, detallados por las pericias de fs. 379/399 y fs. 400/412, deben ser apreciados en forma independiente, aplicándoseles las reglas del concurso real (art. 55, Código Penal). Ello así, ya que cada reproducción ilícita de esos programas, más allá de las copias que eventualmente se realicen de cada uno de ellos, denota un comportamiento guiado por una voluntad anímica homogénea tendiente a lesionar el mandato prohibitivo que encierra la norma aplicable al caso, en la especie, el inc. "a" del

art. 72 de la llamada ley de propiedad intelectual.

V. Desde la óptica de la teoría del autor, las actividades ilícitas desarrolladas por los imputados demuestran que ellas fueron perpetradas en forma indistinta y mancomunada por ambos, circunstancia que señala la presencia de los requisitos legales exigidos por la coautoría funcional (art. 45, Cód. Penal), esto es, la existencia de un acuerdo teleológico previo en su faz subjetiva, y una división de funciones a la hora de desplegar los injustos comportamientos alternativos considerados, en su faz objetiva.

Rigen el mérito de la prueba los arts. 207 y sigtes., 305 y conc., 322 y sigtes., 346, 347, 357 y 358 del Cód. de Proced. en Materia Penal.

VI. El monto de la pena que corresponde imponer a los incurso Luján y Martín debe ser fijado en 3 años de prisión, cuyo cumplimiento podrá dejarse en suspenso, y ello por aplicación de los parámetros mensurativos proporcionados por los arts. 26, 40 y 41 del Cód. Penal, teniendo especialmente en cuenta la cantidad de copias fraudulentas o multiplicidad de hechos detectados, y los daños consecuentes.

VII. Atento la causa en trámite que surge de la certificación de antecedentes que registra el procesado Raúl Martín a fs. 768, la juez sentenciante deberá comunicar el presente pronunciamiento al respectivo tribunal a sus efectos.

VIII. El punto dispositivo III de la sentencia examinada, que regula los honorarios profesionales del doctor O. A. P. fue recurrido por él a fs. 891. Teniendo en cuenta las labores profesionales desarrolladas por el letrado en este legajo, su mérito, extensión y calidad, y el resultado obtenido, los emolumentos de aquel resultan exiguos, proponiendo su incremento hasta la suma de ... en total, por toda su labor desarrollada en la causa y en las dos instancias. Los honorarios profesionales correspondientes al doctor M., por su tarea en esta instancia, valorando para ello la enjundiosa actividad desplegada a fs.

1003/1024, deben ser fijados en un 35% del monto establecido en la anterior etapa. (art. 14, "in fine", leyes 21.839 y 24.432).

Por su parte, los honorarios correspondientes al doctor J. C. P. por su labor en esta instancia, no serán regulados hasta tanto no cumpla en la instancia de origen con lo prescripto por el art. 51, inc. "d", de la ley 23.187.

Por todo ello, doy mi voto para que:

I. Se revoquen los puntos dispositivos I y II de la sentencia de fs. 871/882, y se condene a Carlos M. Abram Luján y Raúl Martín, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de 3 años de prisión, cuya ejecución se dejará en suspenso, por encontrarlos coautores penalmente responsables del delito previsto en el inc. "a", del art. 72, de la ley 11.723, reiterado en 6 ocasiones, más la imposición de costas en ambas instancias (arts. 26, 29 inc. 3º, 40, 41, 45 y 55 Cód. Penal, y art. 144, Cód. de Proced. en Materia Penal);

II. Se les dé a los efectos en infracción el pertinente destino de ley;

III. Se incrementen los honorarios profesionales fijados en el punto dispositivo III del fallo, en favor del abogado O. A. P. a la suma de ... comprendiendo toda su actividad desplegada en autos;

IV. Se regulen a favor del doctor M. sus honorarios profesionales de la instancia en un 35% de los establecidos en el punto dispositivo III del fallo recurrido.

V. Se tengan presentes los recursos federales interpuestos por la querrela y la defensa.

Los doctores Tozzini y Donna dijeron:

Que se adherían al voto precedente.

Por el mérito que ofrece el acuerdo que anteceden el tribunal resuelve: I. Revocar los puntos I y II dispositivos de la sentencia apelada de fs. 871/882, y, en consecuencia, condenar a Carlos M. Abram Luján y a Raúl Martín, de las demás condiciones personales

obrantes en autos, a la pena de 3 años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y al pago de las costas procesales de ambas instancias, por encontrarlos coautores penalmente responsables del delito previsto y reprimido por el inc. "a", del art. 72, de la ley 11.723, reiterado en 6 ocasiones (arts. 26, 29, inc. 3º, 40, 41, 45 y 55, Cód. Penal y arts. 143 y 144, Cód. de Proced. en Materia Penal). II. Disponer que la juez de grado dé, a los efectos secuestrados en autos, el pertinente destino de ley. III. Elevar los honorarios profesionales establecidos en el punto III

dispositivo del fallo apelado, en favor del doctor O. A. P., a la suma de los que comprenden la totalidad de su actividad desplegada en autos (ley 21.839, modificada por ley 24.432). IV. Regular los honorarios profesionales correspondientes al doctor A. J. M. M., por su actuación ante esta alzada, en un 35% de los fijados a su favor en el punto III dispositivo del fallo impugnado (art. 14, ley 21.839, modificada por ley 24.432).

V. Tener presentes los recursos federales interpuestos por la querrela y la defensa.