

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

## Tutela penal. Bien jurídico protegido. Obra. “Software”

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Uruguay

**ORGANISMO:** Suprema Corte de Justicia

**FECHA:** 26-3-2002

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo en copia del original.

**OTROS DATOS:** Sentencia No. 74.

### SUMARIO:

*“... existe, sin duda, un notorio consenso en sostener que el software constituye un producto de la creación de la inteligencia”.*

*“Corresponde remitirse al análisis que sobre tal temática realizara el Prof. Dr. Cairolí quien participa de la idea de que **el programa de ordenador, es el resultado de la inteligencia de su creador**” (negritas en el fallo).*

*“... «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 trascendencia del bien jurídico protegido fundamenta la posibilidad de que se tengan en cuenta acciones penales en contra de quien viole ese derecho» (CFE. Dr. Cairolí «La protección legal de los programas de ordenador software», en Revista de Ciencias Penales N° .1 pág. 53, 1995)”.*

### 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:

### RESULTANDO:

I) Que por sentencia definitiva N° 84 de fecha 14 de mayo de 1999, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno confirmó la sentencia de primera instancia (fs 475 a 480 v).

La sentencia confirmada N° 65 de fecha 20 de noviembre de 1997, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 15° Turno-, había fallado en los siguientes términos: “Condenando a Hugo Daniel González Mariño como autor responsable de un DELITO CONTINUADO DE REPRODUCCIÓN ILÍCITA DE UNA OBRA LITERARIA a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN con descuento del lapso de privación de libertad sufrido, siendo de su cargo los gastos de alimentación, vestimenta y alojamiento durante su reclusión (fs.369 a 383).

II) Que el encausado interpone **recurso de casación** contra la decisión del Tribunal, invocando causales de fondo y de forma, individualizando como normas erróneamente aplicadas en el primer ámbito los arts 1,5, 44, y 45 de la ley 9.739, así como el art. 24, 2° párrafo del Código Penal e indicando la disposición contenida en el art. 174 del C.P.P como vulneración in procedendo.

Al mismo tiempo plantea **excepción de inconstitucionalidad** del inciso

*final del art. 5° de la ley 9.739, expresando que dicha norma viola lo dispuesto en los arts. 7, 10, 12 y 72 de la Constitución.*

A-Fundando el recurso de CASACIÓN (fs.498 vta./502) detalla el proceso legislativo que llevó a la creación de la **ley de derecho autoral, N° 9.739**, señalando que en el art. 1° de la misma se encuentra el motivo por el cual el legislador se vio en la necesidad de legislar sobre dicho derecho.

B-Que más allá del contenido patrimonial del mismo, según tenor del art. 1°, esta ley protege el derecho moral de los autores. Este derecho moral no se violenta cuando se trata de “imitar”, y que imitar no significa “usurpar” (con cit. De Com. De Constitución y Legislación del Senado, al tratarse el proyecto de ley autoral, año 1935).

En referencia al **art. 5° de la ley** mencionada, sostiene que allí se consagra expresamente la protección a la “producción intelectual, científica o artística” entre las cuales, obviamente, no se encuentra el software.

Por tanto, no corresponde interpretar que dentro del inciso final de dicho artículo, cuando dice: “ Y, en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”, que el software se encuentra incluido en dicha protección. Y menos aún de protección penal, ya que no es posible por analogía o extensión, tipificar una figura delictiva, (cit. Tesis Dr. Cairoli,

*Protección Jurídica del Software*, pág.31, quien reconoce que “en principio parecen no estar comprendidas en la palabra de la ley “ dichas protecciones).

A su criterio, tal interpretación –que en principio podría ser admisible en vía administrativa y hasta en sede de derecho civil – es violatoria del principio de legalidad que reconocen doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, ya que el derecho penal constituye el último obstáculo que el legislador debe poner para proteger conductas delictivas.

Expresa que el **art.44** incluyó cuales son los casos de reproducción ilícita y precisa que su **literal B 1º** contiene una excepción a la misma, al disponer que no se consideran tales, las que se llevan a cabo en “instituciones docentes, públicas o privadas.....”. Tal literal B que refiere a: “obras teatrales, musicales, poéticas o cinematográficas” con la excepción que consagra, es utilizado por vía analógica por la Biblioteca Nacional y por la Facultad de Derecho, para permitir el fotocopiado de libros, dentro de su recinto, por empresas privadas ajenas al ámbito universitario o bibliotecario.

Parece un contrasentido que por la vía extensiva o analógica se tipifique una figura delictual –sancionable penalmente- en el caso, la reproducción ilícita, pero que las excepciones al tipo no lo puedan ser.

Añade que el **art. 45** de la ley también ha sido infringido, en tanto consagra otra excepción a la reproducción ilícita, en su numeral 10: “Transmisiones de sonidos o figuras por estaciones radiodifusoras del Estado, o por cualquier otro procedimiento, cuando no tengan finalidad comercial.....” Y si es posible realizar interpretaciones extensivas o analógicas, corresponde incluir al software.

Debió tenerse en cuenta entonces el principio de inocencia a la luz del Art. 24, 2º del C. Penal ya que desde su primer declaración – sin asistencia letrada- hasta su última manifestación creyó estar actuando dentro de las excepciones mencionadas.

También entiende que el art. 174 del C.P.P no ha sido respetado por el Tribunal al no haber analizado la prueba conforme las reglas de la sana crítica.

B- Plantea **excepción de inconstitucionalidad parcial, esto es acotada al inc. final del art. 5º de la ley nº 9.739**, por entenderlo violatorio de los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 7, 10, 12, 72 de la Carta.

En el inciso final de este art. 5º se establece: “**Y en fin, toda producción del dominio de la inteligencia**”.

Los fundamentos de la decisión para aplicar el art. 46 de la ley referido a las sanciones, se basaron en este inciso final del art. 5º ; incluyendo al software como una producción más del “dominio de la inteligencia” a la que hay que proteger de su reproducción ilícita.

Esta inclusión, realizada analógica o extensivamente por el Tribunal, viola el principio de legalidad, que consagra el art 1º del C. Penal, atenta contra el honor y libertad de las personas, derechos consagrados constitucionalmente.

III) Que el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 7º Turno al evacuar el traslado oportunamente conferido a fs. 530 y ss. , estima que la sentencia impugnada no vulneró las disposiciones esgrimidas por el recurrente, así como que la inconstitucionalidad planteada resulta manifiestamente infundada.

El Sr. Fiscal de Corte. a fs. 516 y ss. postula la inadmisibilidad de la casación deducida, planteando asimismo que el excepcionamiento de inconstitucionalidad no resulta de recibo atento a que el planteo refiere a la interpretación de la norma, la que por demás resulta definitivamente aplicada en el caso. Por su parte a fs. 537 y ss. analiza los motivos de casación en el fondo y en la forma, estimando que ninguna de las causales esgrimidas resulta de recibo.

## **CONSIDERANDO:**

I) Como precisión liminar, cabe señalar que la Corporación resolverá en esta sentencia las dos cuestiones involucradas en el objeto de la instancia casatoria, esto es la excepción de inconstitucionalidad previa, y la casación en el fondo y en la forma, dejándose sin efecto el tratamiento precedente dispuesto por la Resolución N° 920 de fs. 544.

Razones de economía procesal imponen tal consideración unitaria, para lo cual está habilitada la Corte en aplicación de la disposición del art. 216 del C.G.P.

II) Ingresando con carácter previo al excepcionamiento de inconstitucionalidad formulado en las actuaciones, la argumentación planteada no permite conmovir la norma legal parcialmente cuestionada.

En efecto, el excepcionamiento no cuestiona la vulneración de la referida disposición respecto de las normas contenidas en la Carta Magna, **sino en la interpretación de la misma que realizara la alzada**, que entendió, comprendido al software en la protección de la normativa impugnada.

Este tipo de planteo condicionado a una interpretación distinta a la sustentada, determinaría su rechazo.

Así lo ha sostenido la Corporación en anteriores fallos que en definitiva no hacen sino reafirmar que el planteo de inconstitucionalidad de una ley (tanto por vía de acción como excepción) solo es procedente cuando la ley impugnada admite una sola, única y clara interpretación, estando impedida de pronunciarse sobre alcances normativos de diferente interpretación (Cfe. . sent. 24/99).

Sin embargo, la norma impugnada solamente hace referencia a lo que debe entenderse por producción intelectual o artística a los efectos de la protección establecida por la ley de derecho autoral.

Aún en el caso de analizar el mérito de la cuestión planteada, no se comparte que lo

dispuesto por el inc. final del art. 5° de la ley 9.739 cuando dice: **“Y en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”**, sea violatoria de la Constitución.

Resulta claro tanto para el Fiscal interviniente como para los integrantes de la Corporación, que la norma atacada no vulnera ningún precepto constitucional.

A tales efectos se comparten las opiniones del Sr. Fiscal Letrado actuante, quien a fs. 533/34 del expediente cita a Bacigalupo en su obra “Manual de Derecho Penal”, Bogotá/1989, págs. 34-35, donde dice: “La teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal. No es necesario para dar cumplimiento a la existencia de determinación legal que la ley se mantenga en un casuismo estricto”.

Lejos está tal expresión normativa de vulnerar el principio de legalidad, como sostiene el encausado.

La norma en cuestión no viola ni el art. 7, ni el art. 10, ni el 12, como se sostiene infundadamente; sino que por el contrario –en cumplimiento del art 33. de la Carta – simplemente enuncia o ejemplifica lo que cabe entender por producción intelectual, científica o artística a los efectos de la protección consagrada por la ley 9.739 que prevé asimismo sanciones penales a los infractores en su art. 46.

En suma, incluir al software como una producción más de la inteligencia –afirmación que no requiere mayor profundización por su claridad meridiana-, trae consigo inexorablemente la protección penal.

III) Corresponde efectuar el análisis de los argumentos expuestos por el encausado, en el sentido de que nos encontramos frente a una errónea interpretación de la norma sustantiva penal. No se comparten los mismos, por lo que se dirá:

Sin duda el **art. 1° -ley 9.739-** refiere al marco de tutela de derecho autoral, a la creación, al reconocimiento de derecho de

dominio sobre el pensamiento, ciencia o arte. La disquisición que realiza el recurrente cuando sostiene que “imitar no es usurpar” –luego de citar la labor de la Comisión legislativa que aprobara la ley y compartir que la idea de creación protegida lleva implícita la idea de originalidad-, no resiste el menor análisis.

Se trata de una sutileza logomáquica, que ni por asomo desvirtúa el contenido significativo similar de ambas acciones. A tales efectos, basta con la lectura del art 2º de la misma ley, donde el legislador ejemplifica todas las variantes posibles sobre ese derecho, explicándolas en los incisos siguientes. Nótese que el primer de ellos es **reproducir**, es volver a producir, sacar copia. Si tenemos en cuenta que imitar es ejecutar una cosa a semejanza de otra, llegamos a concluir que se intenta una cuestión semántica donde no la hay.

El **art. 5º** consagra un elenco enunciativo de las obras que se entienden comprendidas dentro del concepto de creación intelectual científica o artística, y culmina diciendo genéricamente “Y en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”. El recurrente aduce que en el inciso último de este art. 5º no se encuentra el programa de ordenador, software, y que por lo tanto se lo está incluyendo por vía extensiva.

Resulta llamativo que pueda sostenerse tal argumentación, más aún cuando para reafirmarla cita en ese sentido - parcialmente – extraídas de contexto, expresiones del trabajo del Profesor Cairoli (fs. 499 vta.)

Corresponde remitirse al análisis que sobre tal temática realizara el Prof. Dr. Cairoli quien participa de la idea de que **el programa de ordenador, es el resultado de la inteligencia de su creador.**

En efecto, en la medida que ese programa resulte original y haya sido creado en forma independiente, no se diferencia en absoluto de otras obras de la inteligencia que son objeto de protección por parte de leyes que regulan el régimen de derechos de autor en forma específica.

Más adelante sostiene: **“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 trascendencia del bien jurídico protegido fundamenta la posibilidad de que se tengan en cuenta acciones penales en contra de quien viole ese derecho.”** (CFE. Dr. Cairoli – “La protección legal de los programas de ordenador software”, en Revista de Ciencias Penales Nº .1 pág. 53, 1995)

Internacionalmente, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), en su glosario, define el término **Obra** sosteniendo que su alcance real coincide en su sentido más amplio posible.

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

Esta resolución fue adoptada por el Consejo de la Comunidades Europeas por Directiva de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador y la contiene la propuesta del Acuerdo General de Aranceles y Comercio en la Ronda Uruguay, además de constituir la opinión de la OMPI (ob. Cit., Cairoli, pág. 55)

Asimismo, cabe considerar las apreciaciones del Dr. Delpiazzo en su obra “Derecho Informático Uruguayo”, específicamente en cuanto a la inclusión del software dentro del derecho de autor (págs. 24/25) **“.....es producto de la mente humana . Por ende, su regulación jurídica debe lograrse a través de las normas relativas al dominio intelectual”.**

*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° 9.739.*

*Por otra parte, la excepción en que pretende ampararse la parte, referida **al literal B, nral. 1º del art. 44, -artículo que menciona cuales son entre otros, casos de reproducción ilícita-** no es aplicable al caso, ya que resulta evidente que el software no es una obra teatral, musical, poética o cinematográfica..*

*Resulta irrelevante además, la argumentación relativa a que organismos oficiales, amparándose en el **literal A** de dicho art. (no literal B, como en el caso), realicen tales reproducciones (Biblioteca Nacional y Facultad de Derecho) y como releva el Fiscal interviniente –el hecho no consta en el proceso- (fs. 531). Pero lo más llamativo en el punto es que el agente pretende esgrimir, ahora, una interpretación analógica, que él mismo rechazara enfáticamente al inicio de su argumentación.*

*También resulta de rechazo, -como resulta de la sentencia del Tribunal- la invocación que se hace del **art. 45 nral. 10º**, ya que las excepciones a que se refiere esta norma son de interpretación estricta. Y la exigente resulta inaplicable inequívocamente al caso, como surge de los hechos plenamente probados en el proceso.*

**La afirmación del imputado al entender infringido lo dispuesto en el art. 24, Código Penal, inciso 2º, fundándose en haber obrado en la creencia de actuar lícitamente, tampoco es de recibo, pues de**

**todo el informativo probatorio allegado a esta causa se infiere sin esfuerzo la conciencia del actuar ilícito del señor González Mariño, comerciante habitual en todo lo relacionado con la informática.**

*Pero además, el error de derecho puede excusar de responsabilidad solamente cuando verse sobre una verdadera ley extrapenal, según la interpretación que la doctrina ha dado al segundo inciso del mencionado art. 24.*

*El tema se analizó en profundidad en la sentencia N° 213/94, dictada por el Dr. Corujo siendo Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 21 Turno, mereciendo elogioso comentario en Revista de Ciencias Penales N° 1/95.*

**III) La alegada infracción del art. 174 del Código del Proceso Penal, no resulta de recibo, tal como entiende el Sr. Fiscal de Corte. No sólo no fue ejercitada debidamente, indicando de modo específico cual fue el aspecto normativo vulnerado por el Tribunal, por lo que no corresponde profundizar en este punto; sino que por lo demás, la prueba existente en autos fue valorada correctamente, de manera razonable, llegándose a conclusiones que de modo alguno podrían ubicarse dentro del absurdo o arbitrariedad manifiesta. Toda la valoración probatoria ingresa claramente en la aplicación del principio de la sana crítica.**

*Al respecto, como expresara la Corporación en sent. N° 132/99 “debe señalarse que en materia de valoración hay una facultad discrecional del Juez, por lo que se debe ser muy estricto en su recepción . Se ha dicho por parte de esta Corte que sólo se admite cuando hay una grosera violación de los elementos que conforman su concepto, es decir que no debe admitirse en cualquier caso falta de razonabilidad sino sólo cuando exista una violación arbitraria o extrema de ellos, admitiendo los límites en la llamada “teoría del absurdo” (V. Sent. N° 665/96 entre otras, Cfe. Sent. 219/98)”.*

Sostiene el Prof. Vescovi que “nuestro régimen legal de la casación penal, ha excluido el error en la apreciación de la prueba, como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir “acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados” (El Recurso de Casación, pág. 83).

Finalmente la pretendida actividad indagatoria planteada por el recurrente a esta Corporación – como si la sentencia se dictó fuera de plazo, lo que provocaría la nulidad de la misma- (planteo fs. 504), resulta inadmisibile en esta instancia por no resultar ajustada a los requerimientos del 272 del C.P.P..

En mérito a las consideraciones precedentes y a lo dispuesto por los arts. 508 y ss. , 523 C.G.P., 269 y ss., concordante del C. del Proceso Penal y demás normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

**FALLA:**

**REVOCANDO POR CONTRARIO IMPERIO LA PROVIDENCIA N°. 920 DE FS. 544 Y DESESTIMANDO LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA Y EL RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO, DECLARANDO DE OFICIO LAS COSTAS CAUSADAS.**