

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

La tipicidad. Irrelevancia del lucro

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional Federal, Sala 1ª

FECHA: 4-4-1994

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en "Jurisprudencia Argentina" (1994-III), 637; "La Ley" (t. 1995-C), 570; y "El Derecho" (t.159), 471.

OTROS DATOS: Lotus Development Corp. y Ashton Tate Corp.

SUMARIO:

"La ley de propiedad intelectual no tiende exclusivamente a brindar protección al patrimonio del creador de la obra, sino incluso con mayor consideración, al derecho de paternidad sobre ella, atribución de calidad moral que no guarda relación necesaria con la comercialización o lucro".

"En punto a rebatir el argumento sustentado por la a quo en su pronunciamiento respecto a la atipicidad de la conducta por supuesta inexistencia de fin de lucro o ánimo comercial, resta hacer referencia a que dicho elemento no es requerido en el tipo penal, y sobre tal prescindencia se han expedido los tribunales de distintos fueros".

COMENTARIO:

La ausencia de lucro por parte del agente no legitima la conducta, ya que la reproducción no autorizada de obras o prestaciones protegidas, a menos que esté amparada por una excepción expresa de la ley, es contraria a los "usos honrados" porque atenta contra la explotación normal de la obra o causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del respectivo derecho.
© Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

Considerando: Vienen las presentes actuaciones a conocimiento del tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos a fs. 221 por el Fiscal de primera instancia, y por la querrela a fs. 222, contra la resolución de fs. 218/221, por la cual se sobresee definitivamente en la presente causa, en la que no se procesó a persona alguna, luego de analizar si la reproducción de programas

realizado por un legítimo comprador, en el subcaso la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales, para su propio uso, sin ánimo de lucro, configura el ilícito investigado.

El art. 72, inc. a) de la ley 11.723 considera como supuesto especial de defraudación a la reproducción por cualquier medio o instrumento de una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes, enumerándose en el art. 1º del cuerpo legal

citado, y a título de ejemplo, distintas creaciones intelectuales, sin excluir otras, como bien podrían ser en la especie los programas de computación.

En este orden de ideas, resulta pertinente verificar si estos últimos reúnen las características que doctrinariamente se atribuyen a las obras intelectuales en los términos del derecho del autor, y de esta manera lograr un encuadre típico de la conducta enrostrada.

Un programa constituye la expresión concreta de la idea, resultante de un acto intelectual creativo, fruto de la labor personal de su autor, y desde el punto de vista formal refleja un procedimiento, siendo atributo común de ellos, la expresión sobre bases materiales (gráfica, magnética, etcétera).

Sentado esto, concluimos que los programas poseen todos y cada uno de los caracteres para que jurídicamente reciban el tratamiento propio de las obras.

Igualmente, la división de los derechos morales y patrimoniales que tienen los autores --arts. 2; 36; 51 y 52 de la normativa señalada-- cobra virtualidad en la negociación de los contratos de "software", y en la cuestión que vulgarmente se denomina piratería de "software" reconociéndose a favor de sus creadores y titulares, acciones civiles, penales y medidas precautorias para repeler su afectación por parte de terceros (vide Langenauer, Inés, "El 'software' en la ley 11.723", ED, 132-628/633, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1989).

En punto a rebatir el argumento sustentado por la a quo en su pronunciamiento respecto a la atipicidad de la conducta por supuesta inexistencia de fin de lucro o ánimo comercial, resta hacer referencia a que dicho elemento no es requerido en el tipo penal, y sobre tal prescindencia se han expedido los tribunales de distintos fueros (CNCiv., sala D, del 28/2/57 "in re": "Brinkman de Roldán c. Peinados Pozzi", LA LEY, 86-648; CNC. sala 1ª c. 13.675 "in re": "Lissandrelli, R. V., J.P.B.A. N° 28; en igual sentido Frago, Fernando "La Piratería y sus consecuencias legales", Revista El

Derecho Industrial, año 12, N° 36, set.-dic. 1990, ps. 773/779, Buenos Aires, Ed. Depalma).

De otra parte y en punto a la reproducción no autorizada de un único ejemplar, el tribunal entiende que ello es tan ilícito como la practicada en múltiples ejemplares, autorizándose únicamente la anotación manual en oportunidad de una comunicación pública de la obra, y no la multiplicación de ejemplares por medios mecánicos (art. 9, op. leg. citado).

Reviste singular importancia señalar que los perjuicios causados a los autores con la copia doméstica resulta tan gravoso como los ocasionados por la piratería, pues si bien la primera obedece a una acción individual, su reiteración constante trasunta en una seria reducción del mercado con la consabida pérdida de beneficios.

Para el caso específico del "software", la amplitud de su derecho de utilización suele fijarse contractualmente en las "licencias de utilización". En ellas se plasman todas las prerrogativas concedidas al adquirente. Así, en ausencia de convenio, y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, debe colegirse que el uso del "software" está circunscripto al que por su naturaleza se presta la obra, dicho de otro modo, a su ejecución en una única unidad central de proceso por vez.

La ley de propiedad intelectual no tiende exclusivamente a brindar protección al patrimonio del creador de la obra, sino incluso con mayor consideración, al derecho de paternidad sobre ella, atribución de calidad moral que no guarda relación necesaria con la comercialización o lucro.

De todas maneras, surge a esta altura de la investigación que Yacimientos Petrolíferos Fiscales podría haber copiado programas de computación sin autorización, en la magnitud necesaria para equipar todas sus computadoras. De comprobarse que la empresa cuestionada obtuvo una cantidad determinada de "software", cuando en realidad necesitaba un número mayor, estaríamos frente a un menoscabo económico de quienes patentaron oportunamente y por los canales

legales correspondientes, su obra intelectual y la comercialización.

La reproducción ilegítima de obras intelectuales, justamente alcanza su mayor disvalor cuando se efectúa en el marco de empresas de la envergadura de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, causando al autor mayor daño que en muchos otros casos, ya que queda absolutamente desprovisto de su paternidad, pierde el control de la reproducción de su propia obra.

Decidir qué acciones como las que podrían estar investigándose en estas actuaciones son atípicas, abre peligrosas puertas hacia la desprotección de todo trabajo intelectual inédito, máxime cuando contamos con legislación que prevé expresamente la sanción de conductas que se contemplan en una enumeración genérica y abarcativa de todas las creaciones intelectuales.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve: Revocar el auto de fs. 218/221 en cuanto sobresee definitivamente en la presente causa en la que no se procesó a persona alguna (art. 434, inc. 1°, Cód. Procesal en Materia Penal), y ordenar a la a quo, que continúe la investigación, para lo cual se advierte necesaria la realización de las medidas solicitadas por la querrela a fs. 213 punto V, a las que adhiriera el Ministerio Público a fs. 216. -- Horacio R. Vigliani. -- Horacio R. Cattani. -- Luisa M. Riva Aramayo (en disidencia).

Disidencia de la doctora Riva Aramayo:

Se ha acreditado en autos que en distintas dependencias del edificio perteneciente a Yacimientos Petrolíferos Fiscales sito en Avenida Roque Sáenz Peña 777 de Capital Federal, existían programas originales de computación "Lotus 1-2-3" y "DBase III plus" y copias de los mismos instalados en "diskettes" y en los discos rígidos de distintas computadoras personales ubicadas en oficinas de la empresa.

Mediante la documentación aportada por Y.P.F. obrante a fs. 34/40, se acreditó que la empresa adquirió por licitación los soportes lógicos originales a "Nugget S.A."

La División Planeamiento y Desarrollo de la Policía Federal Argentina, a través de los peritajes técnicos efectuados, determinó la existencia de "software" originales y de "diskettes" que contenían copias de los primeros, los que no constituían copias de resguardo.

Tal como lo señala la a quo, existe un amplio debate en punto a los alcances de la ley 11.723 respecto de los programas de computación. Una parte de la doctrina piensa que el "software" debe equipararse a la "cosa mueble" en los términos del Código Civil ("Trámite Parlamentario", Período 1992, Nro. 59, 22 de julio de 1992, proyecto nro. 20, p. 1269).

Otro sector sostiene que los contornos propios del "software" merecen un tratamiento especial, es decir, el establecimiento de una categoría "sui generis" para definir su protección (Correa, Carlos, "Protección del software...", Revista de Derecho Industrial, Nro. 36, p. 574).

Por último hay quienes estiman adecuado enmarcar al "software" dentro de la protección que brinda la ley de patentes industriales.

No obstante ello, y a pesar de la necesidad de introducir reformas en su texto dentro de nuestro ordenamiento legal la ley de Propiedad Intelectual tutela parcialmente al "software".

En efecto, el programa es creado a partir de fórmulas lógicas matemáticas que se ordenan en la búsqueda de un resultado particular relativo al tratamiento de la información y en tal sentido es una obra intelectual, una expresión de la inteligencia humana exteriorizada de manera sensible.

Sostiene Ledesma que atacar al "software" importa quebrantar tanto el derecho moral como el patrimonial del autor; "...la piratería queda asimilada en el campo de la informática a la reproducción ilícita, o sea a la falsificación legislada en la ley sobre propiedad intelectual.

Porque sin duda alguna, la conforma la actividad dolosa del que copia o reproduce el "software" sin autorización del autor o de sus derechohabientes con un fin lucrativo y en cantidad destinada al uso indiscriminado de terceros, haciendo aparecer un hecho falso

como verdadero" (Ledesma, Julio, "Derecho Penal Intelectual", p. 794, Ed. Universidad, 1992).

De tal manera, la reproducción carece de sanción penal en la medida en que no sea utilizada con fines de lucro (entendido en sentido amplio), no sea puesta a disposición del público, o bien que la reproducción sea destinada al uso particular.

En autos se ha comprobado que todos los programas incautados, originales y copias, estaban destinados exclusivamente al uso interno de Yacimientos Petrolíferos Fiscales sin que existan en la causa elementos que hagan siquiera presuponer que las copias de los originales eran puestas a disposición del público o bien que fueran utilizadas fuera del ámbito de la empresa.

El hecho de que se hallaran "diskettes" con copias de los "software" originales nada agrega a la cuestión, por cuanto es indistinto el soporte material en que se asiente el programa si se tiene en cuenta que son copias para uso interno de la empresa. Lo mismo ocurre con la introducción del programa en los discos rígidos de aquellos ordenadores que lo posean o con la copia de seguridad.

La reproducción o la copia ilícita no debe confundirse con la copia privada que no afecta

el derecho de explotación que posee el autor del "software". Resulta excesivo exigir la autorización del titular del derecho de explotación para la reproducción del programa para uso privado, tal como ocurrió en el suceso que diera origen a la presentación de la querrela, que no constituye delito alguno.

Por otra parte, deben extremarse los recaudos al analizar la legislación existente a fin de evitar cualquier interpretación extensiva o analógica de la normativa penal contenida en la ley 11.723. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia no puede convertirse "per se" en un instrumento que tipifique conductas no previstas en la legislación so pretexto de una pretendida evolución en las decisiones de los magistrados sin violentar el principio de legalidad consagrado por nuestra Constitución Nacional y uno de los pilares del Derecho penal liberal.

Por lo expuesto voto por la confirmación de la resolución a fs. 218/221 que sobresee definitivamente en la presente causa N° 6529 del registro de la Secretaría N° 10 del Juzgado Federal N° 4, en la que no se procesó a persona alguna (arts. 432 y 434, inc. 2°, Cód. de Proced. en Materia Penal) y tener presente la reserva del caso federal efectuada por la querrela en su presentación de fs. 241/246. -- Luisa M. Riva Aramayo.