

OMPI/PI/JU/LAC/04/22

ORIGINAL: Español

FECHA: 21 de octubre de 2004

OFICINA EUROPEA
DE PATENTESOFICINA ESPAÑOLA
DE PATENTES Y MARCASORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

TERCER SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALIS DE AMÉRICA LATINA

organizado conjuntamente por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),
la Oficina Europea de Patentes (OEP)

y

la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM),

con la colaboración

del Ministerio de Cultura de España,
el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ),
la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI)

y

la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)

Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004

TENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN URUGUAY

Documento preparado por el Sr. Enrique Javier Möller Méndez, Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 4º Turno, Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación, Montevideo

ACCIONES PENALES EN LA NUEVA LEY 17.616 DE DERECHOS DE AUTOR Y
DERECHOS CONEXOS Y MEDIDAS EN FRONTERA

“el trabajo intelectual, el derecho de autor, del inventor y del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley”. = art. 33 Constitución de la República.

A) Objetivo político criminal

El advenimiento de novísimas tecnologías y el compromiso asumido por nuestro país en el Acta final de la Ronda Uruguay del GATT celebrada en Marrakech aprobándose el TRIPS (en inglés) o ADPIC (en español: Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) -art.65 inc 2-, ratificado por ley 16.671 del 13/12/94 junto a la suscripción en 1996 de los Tratados de Internet (TODA y TOIEF) pautaron la necesidad de adecuación del derecho positivo vigente, esto es la ley 9739 del 17 de diciembre de 1937 (*propiedad literaria y artística*) -protectora de los derechos de autor- y el Decreto Ley 15.289 del 14 de junio de 1982. (*sobre fonogramas y videogramas*) -tuitivo de los derechos conexos-.

Luego de un fallido intento, con un proyecto de Mayo de 2000 de más de 170 artículos que recibiera el 20 de marzo de 2001 media sanción en Cámara de Representantes, el Poder Ejecutivo vuelve a insistir enviando, no ya un ambicioso mensaje sino un “aggiornamiento”, una puesta al día de la normativa vigente en algo más de 20 artículos.

Como consecuencia de ello nace la ley 17.616 publicada en el Diario Oficial del 17 de enero de 2003, que recibe la denominación de “protección del derecho de autor y derechos conexos” ya que además de brindar tutela a los autores incorpora “los legítimos intereses de un importante sector profesional, que considera estrechamente ligados a la cultura, sin que esta específica protección suponga en ningún caso merma alguna a los genuinos derechos de autor.” (Carmona Salgado- el tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual- en Comentarios a la legislación penal – Revista de Derecho Público, Tomo XIII Edersa, Madrid, pág. 97).

En ese sentido el párrafo final del art 1 incorporado por esta ley establece : *“Asimismo y en base a las disposiciones que surgen de esta ley, protege los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Esta protección no afectará en modo alguno la tutela del derecho de autor sobre las obras protegidas. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas a favor de los mismos en esta ley podrá interpretarse en menoscabo de esa protección”*.

La misma, y en lo que a nuestra materia atañe se inscribe dentro de lo que a nivel mundial se propugna, esto es la reacción contra aquellas conductas que afecten las expectativas de los creadores de obras del intelecto y la de todos los que colaboran por distintos medios en la producción y difusión de las mismas.

Con su habitual claridad expositiva describía el profesor español Gimbernat Ordeig la evolución de este tipo de comportamientos lesivos de la propiedad intelectual al explicar la necesidad de la reforma penal realizada en España cuando se dictó la ley Orgánica 6/87: “en el siglo XIX los posibles delitos contra el derecho de autor rara vez podían consistir en algo más que un plagio artesanal, que, si bien eran idóneos para producir un considerable daño moral, apenas lo era para perjudicar gravemente al patrimonio del autor o de los autores intelectuales; en nuestros días, en cambio los beneficios que se pueden obtener con la

fabricación y comercialización de copias fraudulentas de producciones intelectuales ajenas son comparables a los que se consiguen con el contrabando y con otras manifestaciones de la gran delincuencia económica: ese lucro delictivo se corresponde, naturalmente, con enormes perjuicios patrimoniales, tanto para los titulares de los derechos de autor como para los de los otros derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la industria editorial, videográfica y fonográfica)”- Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual- en Estudios de Derecho Penal .Ed.Tecnos, Madrid, 1990 pág. 308.-

Expresa el profesor venezolano J.F. Martínez Rincones. (Revista Cenipec Nro 16, 1995 p 110): “Al tratar el aspecto penal de la propiedad intelectual Lipszyc (1993;551) señala que: “una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a los precitados derechos sería inocua”

Con la anterior expresión la autora está señalando que el Derecho Penal en tanto y en cuanto Derecho de la prevención y represión, juega en la materia de la protección del derecho de un autor un papel importantísimo, debido a que se considera un derecho garantista del cumplimiento de los enunciados normativos.

El término utilizado por Lipszyc, “inocuo” toma una significación trascendente, indicando que si no existiese una normativa penal, aplicable de acuerdo con la legislación de cada país, si se cometiesen comportamientos dañosos, contra los derechos de los autores, estas acciones u omisiones no tendrían ninguna repercusión contra sus agentes criminosos, siendo un sistema “inofensivo” para los reos de daño en materia autoral.”

En ese tono se inscribe la experiencia jurisprudencial nacional que indica que son escasos los resarcimientos que los sujetos damnificados logran en vía civil, y la razón estriba en que este tipo de inconductas tiene como común denominador la insolvencia de los agentes, de allí que prefieran el accionamiento en el área penal como una forma más efectiva de poner coto al abuso.

B) El bien jurídico tutelado

Es el sustrato material a defender, con base constitucional, ya que el art 7. de la Carta Magna indica cuales son los bienes protegibles y entre ellos destaca el trabajo y la propiedad, y que se ve aseverado por el art 33. de la misma Carta destacado en el acápite. Como enseña el destacado profesor Dr.Miguel Langón: “estos bienes y las condiciones que los hacen posibles, deben ser obligatoriamente defendidos por la ley, y particularmente por la ley penal” (Curso de Derecho Penal y Procesal Penal. Tomo 1 pág.57).

La normativa en estudio busca proteger lo que habitualmente se denomina Propiedad intelectual, comprensiva de dos grandes esferas claramente diferenciables, como lo son los derechos de autor strictu sensu, inherentes al creador de una obra literaria, artística, científica por el solo hecho de su creación; así como también a los derechos conexos o afines de aquellos que contribuyen y por ende también se benefician de la producción y difusión de las creaciones (ejemplo: quienes ejecutan, interpretan, producen y difunden tales obras).

Existen dos manifestaciones o ámbitos de este derecho tan especial por su inmaterialidad que el nuevo cuerpo legal busca proteger: el orden pecuniario y el orden moral.

El primero de características patrimoniales, es el provecho derivado de su creación, el derecho a su explotación económica, ello está expresamente establecido en el inc.1. del nuevo art 2. que nos dice: “ *El derecho de propiedad intelectual sobre las obras protegidas por esta ley, comprende la facultad exclusiva del autor de enajenar, reproducir, distribuir, publicar traducir, adaptar, transformar, comunicar o poner a disposición del público las mismas en cualquier forma o procedimiento*”.

El segundo y sin que esto signifique subordinación alguna también está tutelado el derecho moral, la faceta que protege la paternidad de la obra, su autoría creadora esto es, “la personalidad del autor en relación con su obra, el derecho a decidir la divulgación de la obra, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación. (Lipszyc 1993: 151 en Martínez Rincones ob. cit)”.

Como decía en sus magníficas charlas el recordado profesor suizo Ulrich Uchtenaghen: “*el autor es el juez de su derecho moral.*”

C) Modalidades delictivas

Todas estas figuras plasmadas en el *nuevo art. 46 –literales a) b) d) y e)* carecen de “*nomen juris*” pero se inscriben en general dentro de lo que en doctrina y derecho comparado se le conocen como “*piratería*” y que refiere a las distintas obras y derechos conexos protegidos, por ejemplo: software, fonogramas, videogramas, reprografía de libros, etc.

Siguen el régimen general de la culpabilidad del art. 18 del Código Penal, por lo que todas se castigan a título de dolo, esto es intención ajustada al resultado, admitiendo además la hipótesis de comisión a dolo eventual, esto es que: “la previsión del resultado como probable o posible, no detiene el accionar del actor, quien asume voluntariamente el riesgo de su ocurrencia.” (Miguel Langón. Ob. Cit. pág. 168 in fine).

El tratamiento punitivo está compuesto por penas privativas de libertad que van de un mínimo de tres meses de prisión a un máximo de tres años de penitenciería, excepto en el literal *e)* que se establece un castigo de multa de 10 UR a 1500 Unidades Reajustables.

La persecución de los mismos es de oficio (arts.10 y 105 del Código del Proceso Penal) no requiriendo formalidad alguna, bastando la “notitia criminis” para la actuación de las autoridades.

Al respecto resulta muy ilustrativo y de fundamental importancia lo que dispone el art. 6 de la ley 9739 en la redacción dada por el art. 4 de la ley 17.616:

“Los derechos reconocidos por esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra.

El goce y ejercicio de dichos derechos no estará subordinados a ninguna formalidad o registro y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra.

Para que los titulares de las obras y demás derechos protegidos por la presente ley sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos en consecuencia ante las autoridades administrativas o judiciales, para demandar a los infractores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra, interpretación, fonograma o emisión en la forma usual

Y por si alguna duda hubiere que aventar basta remitirse al art 53 de este cuerpo legal en estudio que establece : *“La Biblioteca Nacional llevará un registro de los derechos de autor, en el que los interesados podrán inscribir las obras y demás bienes intelectuales protegidos por esta ley.*

La inscripción en el Registro a que se refiere este artículo es meramente facultativa, de manera que su omisión no perjudica en modo alguno el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la presente ley.” (subrayados nuestros)

En cuanto al sujeto activo (persona física que cumple el hecho prohibido) la ley no establece ninguna calificación, puede ser cualquiera, la fórmula empleada por el legislador “*el que*” o “*quien*” así lo determina.

En cambio sujetos pasivos son los titulares de los derechos de autor y conexos ya mencionados, que pueden tener el carácter de ser persona física o jurídica. Podrán actuar entonces ante las autoridades administrativas o judiciales nacionales los titulares o representantes de los respectivos derechos o las entidades de gestión colectivas (art.17 de la nueva ley que sustituye al art.48 de la ley 9739 y art.24 del mismo cuerpo legal).

El objeto material (aquella cosa sobre la cual recae la conducta delictiva) es de naturaleza incorpórea o intangible lo que implica un condicionamiento en la calidad del mismo, difícil de captar porque normalmente se lo vincula al soporte material que lo contiene.

Admite el iter criminis (proceso ejecutivo) fraccionamiento, por lo que cabe aceptar la tentativa, con alguna excepción.

Art.46, ley 9739 en la redacción dada por el art. 15 de la ley 17.616.

Literal a) “El que edite, venda, reproduzca o hiciere reproducir por cualquier medio o instrumento °-total o parcialmente-; distribuya; almacene con miras a la distribución al público o ponga a disposición del mismo en cualquier forma o medio, con ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, una obra inédita o publicada, una interpretación, un fonograma o emisión, sin la autorización escrita de sus respectivos titulares o causahabientes a cualquier título, o se la atribuyere para sí o a persona distinta del respectivo titular, contraviniendo en cualquier forma lo dispuesto en la presente ley, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciería”.

(Fuente: art. 46 ley 9739 en la redacción dada por el art. 23 de la ley 15.913 del 31/12/87, Decreto - Ley 15.289 del 14 de junio de 1982 y Texto aprobado en Cámara de Representantes art 143 y ss del proyecto del Poder Ejecutivo de mayo 2000)

Antes de ingresar al estudio de la figura corresponde precisar que esta norma es el resultado de una fusión de dos preceptos legales a saber: art 46 de la ley 9.739 y el Decreto-Ley 15.289. teniendo su razón de ser en mérito a que la adecuación al ADPIC incluía tratar a los derechos de autor y conexos en forma conjunta.

El derogado art.46 de la ley 9739 expresaba: “*el que edite, venda, reproduzca, o hiciere reproducir.....una obra inédita o publicada sin autorización de su autor, causahabiente o adquirente a cualquier título o la atribuyere a autor distinto.....será castigado.....*” .

Como tal, no poseía referencia subjetiva alguna y configuraba el reato sin necesidad del ánimo de lucro por lo que establecía un alto grado de protección, y una más fácil configuración del ilícito.

En cambio el Decreto-Ley 15289 preveía: “*el que reprodujere un fonograma o videograma con fines de lucro y sin autorización escrita de su productor así como el que distribuyere al público o almacenare con tal fin las reproducciones así obtenidas será castigado.....*” exigía el cumplimiento de tal referencia, lo que implicaba un menor grado de protección.

El tema era compatibilizar ambos extremos teniendo en cuenta que el ADPIC (ley 16.671 del 13/12/94, vigente) en su art. 61 faculta a los Miembros a prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en la materia que nos ocupa en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

El dolo no ofrecía dificultades pues sigue el régimen general del Código Penal.

Como la definición de escala comercial planteaba serios inconvenientes de hermenéutica jurídica ya que se estaba ante un concepto novedoso para la jurisprudencia y doctrina nacional, se optó por parte de los redactores del proyecto del Poder Ejecutivo del año 2000 ya referido y que fuera plasmado en éste, establecer dos referencias subjetivas al accionar de los agentes el “*ánimo de lucro*” o fin de lucro, concepto manejado con solvencia por la jurisprudencia y hoy definido expresamente en el Decreto reglamentario como se verá, o el “*perjuicio injustificado*”, éste último como una forma de no dejar flancos o vacíos ante el ataque a estos vulnerables bienes.

Ingresando al derecho positivo vigente el *literal a)* en estudio prevé distintas formas alternativas vinculadas a diversos verbos nucleares.

Editar, significa publicar por la medio de la imprenta o por otros procedimientos una obra, periódico, folleto, mapa, etc.

Editor, es la persona que publica por medio de la imprenta, u otro procedimiento una obra ajena por lo regular, un periódico, un disco, etc, multiplicando los ejemplares (Dicc. Real Academia Pág 790).

El texto sancionado por la Cámara de Representantes el 20 de marzo de 2001 y que no obtuvo votos en Senadores definía al editor como la persona física o jurídica que, mediante contrato con el autor o su derechohabiente, se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta.

La hipótesis de edición no autorizada se aprecia en la violación contractual entre la persona física o los responsables de la persona jurídica encargada de asegurar la publicación y difusión de la obra con el autor o derechohabiente

Es un caso que linda con el otro verbo, el tercero de esta misma figura (la reproducción no autorizada) porque los medios comisivos pueden ser similares en ambas previsiones, no obstante habrá que estar a la existencia o no de un vínculo previo entre las partes en conflicto para determinar la aplicación de una u otra hipótesis.

La venta, es un caso muy claro ya que implica el cambio o traspaso de la cosa por precio siguiendo lo establecido en el Código Civil.

El almacenamiento con miras a la distribución al público, habla de un estadio anterior a la comercialización, se guarda, conserva con la finalidad de ofrecerlo a un número indefinido de personas, (público).

La reproducción, que puede ser por sí o por encargo “*reproduzca o hiciera reproducir por cualquier medio o instrumento -total o parcialmente-*” dice la norma, la distribución, en cualquier forma o medio, están definidas conceptualmente en la nueva redacción dada al art.2 de la ley 9739, coadyuvando notoriamente a la labor del intérprete.

Allí se dispone que:

“la facultad de reproducir comprende la fijación de la obra o producción protegida por la presente ley, en cualquier forma o por cualquier procedimiento incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico –sea permanente o temporario , que posibilite su percepción o comunicación”- inc. 2do.-

“la facultad de distribuir comprende la puesta a disposición del público del original o una o más copias de la obra o producción, mediante su venta, permuta, u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación, exportación, o cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas, -inc. 3ero.-

La puesta a disposición del público, (poner algo a disponibilidad –Duarte Nosei. Actualización Derecho Penal pág.159.A.M.F. mayo 2004), si bien no aparece definida expresamente en este inc. 3ro es aludida como forma de *distribución*, aquí no aparece como posible la tentativa, pues el inicio de la senda delictiva consuma el reato.

Todos estas conductas tienen como característica común que se cumplan “*sin la autorización escrita*” del sujeto pasivo, situación que refiere a la antijuridicidad (relación de contradicción entre la conducta humana voluntaria y el precepto contenido en la norma penal) -Bayardo T1.pág.193-.

Se trata como explica la profesora Adela Reta (Consulta de la Cámara Nacional del Disco del 28 de enero de 1985 .pág. 105) de un elemento normativo del tipo, que encierra en sí mismo, la antijuridicidad de la acción. Es decir que, mediando la autorización escrita de los sujetos mencionados en la ley “*titulares o causahabientes a cualquier título*” la conducta no es antijurídica.

En doctrina se sostiene que tal agregado de la figura penal implica la virtual inversión de la carga de la prueba, ya que a quien le fuera imputada la reproducción ilícita de un fonograma (nosotros agregamos todas las protegidas por ley 17.616) puede destruir tal presunción de ilicitud demostrando poseer la autorización escrita. (Emery Miguel, citado por De Freitas y Borggio. Temas de Derecho. Autorial. pág. 101. 1993).

En torno “*al ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado*” nos encontramos ante dos referencias subjetivas del tipo.

El fin de lucro puede definirse como el propósito de tener un provecho o voluntad de obtener un beneficio o utilidad del producto que se “piratea”.

El reciente Decreto Reglamentario de la presente ley fechado el 3 de mayo del corriente año establece una definición al respecto y enuncia en su *artículo 29*:

“a los efectos de la ley se entiende por ánimo o fin de lucro todo precio, ingreso, ganancia o beneficio económico obtenido a partir de la utilización o explotación de una obra, interpretación, fonograma o emisión.”

El causar un perjuicio injustificado en este elenco delictual se impone como forma de otorgar mayor protección a los sujetos pasivos; abarca el caso de quien realiza la actividad material (sin fines de lucro), pero que lo anima un propósito distinto, cual puede ser causar un daño.

Un supuesto de ello puede resultar quien reprodujere ilegítimamente software o fonogramas con el fin de obsequiarlo, no obtiene provecho económico, no lucra, pero sí ocasiona perjuicios injustificados, imaginemos este hecho a gran escala, donde el sujeto activo puede lograr el evento dañoso con mínimos costos.

Al respecto expresa Duarte Nosei: “*Agrega la norma, que dicho perjuicio debe ser “injustificado”, sugiriendo que puedan existir perjuicios justificados, lo cual entendemos que no es el caso. En efecto, si la ley exige la autorización escrita de sus titulares o causahabientes a cualquier título, el daño que se provoca a estos siempre será injustificado.*”

De otro modo.

En la especie nos resulta difícil concebir un “perjuicio justificado”, lo cual si podrá ocurrir en el área civil, pero no en la penal, pues aquella admite la compensación de culpas, o culpa compartida, por ejemplo, si el autor mantuviera una deuda con su editor y éste no le entregare los réditos generados por la publicación”. (ob. cit. pág.160)

Estas referencias subjetivas no implican que se logren efectivamente para que el delito se consuma, si así fuere el ilícito se habrá agotado.

A poco tiempo de sancionada esta norma ya existe jurisprudencia y que al final del presente se transcribe.*

Una última modalidad delictiva plasmada en este literal está descrita en la frase: “*o se la atribuyere para sí o a persona distinta del titular de una obra protegida contraviniendo de cualquier forma lo dispuesto en la presente ley*”.

Se trata en la especie de una acción que podemos catalogar de plagio.

“El concepto tradicional de plagio es el apoderamiento ideal de una obra ajena (hoy, también, de una prestación artística fijada en un soporte material), haciéndola pasar como propia (que es la forma más burda de perpetración de este ilícito) bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de la creación ilegítima. (Delgado Porras A.. Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual. – Cuadernos Civitas. Pág. 117).

Ya lo decía Plinio El Viejo, -autor romano del siglo 1-(23 al 79 de la era Cristiana) “comparando a unos autores con otros, he descubierto que algunos de los más renombrados y modernos escritores han copiado palabra por palabra de autores anteriores, sin citar la fuente de origen” (Georgina García –property-racs .co.cr-)

Esta conducta ha sido aisladamente considerada por nuestros estrados judiciales. Se conoce un caso adaptable a esta normativa en examen (que no ingresó en la esfera de la justicia penal) donde en sede de casación civil intervino la Suprema Corte de Justicia. Se trataba de un litigio donde se condenó a la editorial demandada (Editorial Universidad Ltda.) por reproducción ilícita de las anotaciones y concordancias del Código Civil de los Dres. Caffaro y Carnelli (en tanto se llegó a la convicción de que se trataba de una obra protegible por contener un elemento creativo) y por concurrencia desleal al aprovecharse de un trabajo ajeno. (Sentencia Nro: 103 del 22 de junio del 2001 en autos “Fundación de Cultura Universitaria c / Editorial Universidad Ltda. – Daños y Perjuicios. casación Fa: 474/99”).**.

La jurisprudencia penal nacional fue abriendo camino al tema de la protección de estos vulnerables derechos. Así en lo que a fonogramas y videogramas refiere (derechos conexos) la aplicación del Decreto-Ley 15.289 (hoy sustituido) desde su sanción en el año 1982 fue creciendo en importancia y en este último lustro se ha venido aplicando sin dificultades, inclusive a las nuevas modalidades como las reproducciones ilegítimas a través del ciberespacio que conforma la red de redes: internet, (que con la aplicación del formato MP3, se descargan múltiples archivos musicales “*bajar música*” u otros productos audiovisuales sin pagar derechos por ello.

No obstante la aplicación del art. 46 de la ley 9.739 (hoy modificado) para el restante universo de obras fue de evolución más lenta.

El suscrito tuvo la posibilidad de aplicar por primera vez esta normativa sometiendo a proceso a quienes reproducían software (programas de computación, videojuegos y libros) sin autorización de sus autores y /o causahabientes, cuando ocupaba la titularidad del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Sexto Turno. ***.

En punto a los criterios jurisprudenciales sustentados hasta el cambio legal operado por la ley 17.616, que fueran analizados con solvencia por el Fiscal Penal de 7º Turno Dr. Eduardo Fernández en oportunidad del 3er Congreso Iberoamericano de derechos de autor y conexos de 1997, y a cuyo tenor nos remitimos, sin dudas puede concluirse que los mismos mantienen vigencia y son trasladables a esta nueva realidad legal.

Se trata de un estudio muy preciso sobre todo lo que tiene que ver con el análisis del bien jurídico tutelado, objeto material del delito, de la consideración del dolo y evaluación de los elementos probatorios.****.

Literales b) y el d) -en sus dos hipótesis- (elusión de medidas tecnológicas).

Crean y consagran novísimos delitos, figuras tuitivas contra la acción de eludir las medidas tecnológicas que son utilizadas por los autores y titulares de los derechos conexos en relación con el ejercicio de sus derechos y con referencia a la información electrónica sobre la gestión de sus derechos patrimoniales y morales, (exclusivos y de remuneración).

Tienen su fuente en los arts. 11 y 12 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA/WCT) y en los arts. 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF/WPPT) comúnmente llamados “*Tratados de Internet*” del año 1996 adoptados y suscritos por Uruguay en la Conferencia Diplomática de Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996 y que a más de 7 años de su suscripción todavía se encuentran en vías de ser ratificado legislativamente por el Parlamento Nacional.

Tales disposiciones refieren a las características muy peculiares que presentan la observancia de esos derechos desde el ángulo de las explotaciones digitales. Se pretende la protección *mediata* de los derechos de autor y conexos sancionando en la *inmediatez* a quienes eludan de diversas formas tales mecanismos digitales de defensa.

Expresa el experto español Consejero legal de la Sociedad General de Autores de España (SGAE) Antonio Delgado Porras: “en relación principalmente con dichas medidas, podría hablarse de una tutela de “ida y vuelta”: por un lado, desde el campo jurídico, los titulares de los aludidos derechos –preocupados por el cariz bastante oscuro que está tomando la digitalización de sus obras y prestaciones y la explotación en masa de ellas en esa forma y, por otra parte, fascinados por la consigna de que “la solución está en la máquina”– recurren al mundo de la tecnología y piden el auxilio de sus expertos para asegurar la supervivencia de esos derechos; y, por otro lado, desde el plano tecnológico, se solicita al “viejo” derecho el amparo indispensable para que los dispositivos técnicos inventados con vistas a esa solución no se queden en la inoperancia”. (La normativa de protección adicional de los derechos de autor y conexos en el entorno digital pág 1).

Literal b) “Con la misma pena será castigado el que fabrique, importe, venda, dé en arrendamiento o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos o productos, los componentes o herramientas de los mismos o preste cualquier servicio cuyo propósito sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos”.

Los verbos nucleares que consagra esta figura delictiva no merecen dificultades de hermenéutica jurídica, *fabricar* es producir en serie generalmente por medios mecánicos, hacer, disponer o inventar una cosa no material, *importar* implica ingresar algo, algún artículo o efecto del exterior del país, *dar en arriendo* significa ceder o adquirir por precio el goce o aprovechamiento temporal de cosas, obras o servicios (otorgar un uso por un precio), *poner en circulación* es una de las manifestaciones de la distribución que habla el art. 2 de la nueva ley y *prestar servicio* significa brindar asesoramiento o trabajo.

Todo lo expuesto referido a los objetos materiales que son descritos como dispositivos (mecanismo o artificio dispuesto para producir una acción prevista), productos, componentes o herramientas de los mismos.

La conjugación de los verbos descritos debe ser realizado con el propósito o fin, (referencia subjetiva) de: *impedir* (estorbar o imposibilitar la ejecución de una cosa), *burlar* (engañar o frustrar), *eliminar* (hacer desaparecer, quitar algo), o *eludir* (esquivar una dificultad y evitar algo con astucia y maña), de cualquier forma los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus derechos.

Literal d) “Será sancionado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciería quien altere o suprima, sin autorización del titular de los derechos protegidos por esta ley, la información electrónica colocada por los titulares de los derechos de autor y conexos para posibilitar la gestión de sus derechos patrimoniales y morales, de modo que puedan perjudicarse estos derechos. La misma pena se aplicará a quien distribuya, importe con fines de distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o fonogramas, sabiendo que la información electrónica colocada por los titulares de derechos de autor o conexos, ha sido suprimida o alterada sin autorización.”

En este literal se prevén dos delitos.

1) En el primer supuesto, los verbos nucleares a conjugar por los agentes son: suprimir (hacer cesar, eliminar o desaparecer algo) o, alterar (cambiar la forma o esencia de una cosa), sin autorización (referencia normativa similar a la prevista en el literal *a*) de autores o titulares de derechos conexos la información electrónica colocada por éstos para posibilitar la gestión de sus derechos patrimoniales y morales.

Para obtener una definición conceptual de lo que significa información electrónica sobre la gestión de estos derechos se debe acudir a la fuente que son los Tratados referidos suscritos por Uruguay TODA/WCT y TOIEF/WPPT del 96, y que una vez ratificados por el Parlamento se convertirán en ley nacional.

El art 12 inc. 2 del Tratado de OMPI sobre derechos de autor (TODA/WCT) refiere que se entenderá por tal a la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones o utilización de la obra, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.

Por su parte el Tratado de OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT) en el art. 19 inc 2. dispone que se entenderá a la información que identifica al artista, intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, al productor del fonograma, al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma, o información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución del fonograma, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución fijada o a un fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una interpretación o ejecución fijada de un fonograma.

En algunos países se están implementando algunas medidas o dispositivos técnicos en el entorno digital para proteger estos derechos.

Como ejemplo, España donde la Sociedad General de Autores (SGAE) le proporciona a los productores una programación para que cuando estén grabando las obras éstas queden impresas en sus formatos de una “marca de agua” (no visible, imperceptible) elemento que les permitirá identificarla.

Luego con otra programación monitorean o controlan a los medios que difunden música inclusive por internet para ubicar obras conocidas (por la marca de agua).

De ese modo pueden dirigirse al emisor y verificar si tiene contrato o autorización que les habilite el uso de la obra.

Estos elementos digitales se están comenzando a desarrollar por lo que hablar de jurisprudencia al respecto y sobre todo en nuestro país, resulta muy prematuro.

2) En el segundo supuesto se trata de sancionar a quien desarrolle la actividad material de distribuir, importar para distribuir (conceptos definidos en el art 2 de esta ley), emitir (emisión es la difusión a distancia, directa o indirecta, de sonidos, imágenes, señales u otra forma análoga, para su recepción por el público) o comunicar al público (el art. 2 in fine lo define como todo acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público, por cualquier medio –alámbrico o inalámbrico- o procedimiento, incluyendo la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija), sin autorización (referencia normativa) de ejemplares de obras, interpretaciones o fonogramas .

Tal conducta debe ser presidida por el dolo, al respecto la figura prevé que el agente actúe a sabiendas que la información digital colocada por los autores o titulares de derechos conexos haya sido suprimida o alterada sin autorización.

Una vez realizada las conductas criminosas de ambas figuras sin dudas los sujetos pasivos pierden el control viendo imposibilitada la gestión de derechos sobre sus obras desde el ámbito del derecho moral, derechos exclusivos y los de remuneración o patrimoniales.

Literal e) “El que reprodujere o hiciere reproducir, por cualquier medio o procedimiento, sin ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, una obra, interpretación, fonograma, o emisión, sin la autorización de su respectivo titular, será castigado con multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 1.500 UR (mil quinientas unidades reajustables)”

Este literal e) establece una figura penal residual, respecto de la referida en el a), pero exclusivamente vinculado al verbo nuclear de la reproducción (concepto analizado ut.supra) y cuando la misma se desarrolle por parte del agente sin intención de lucrar o de causar un perjuicio injustificado.

Existía en el ámbito legislativo, (y como tal fue recogido en el proyecto), la preocupación de no castigar tales reatos con pena privativa de libertad (prisión) llevados a cabo en el ámbito privado o doméstico, y para provecho personal, por ello considerando delictiva la conducta, se le pena o castiga con multa.

Esta hipótesis responde a la sanción de quien reprodujere o hiciere reproducir la materia protegida con ese fin.

Ejemplos muy habituales son la reproducción no autorizada (por copia directa o a través de internet) almacenada en forma permanente o temporaria de archivos musicales u otros productos audiovisuales o, el clásico copiado de un programa de ordenador, libros, obras cinematográficas entre otros muy variados, que hoy permite el entorno digital, pero que no lo preside un ánimo de beneficio lucrativo o la intención de un perjuicio.

La pena de multa fijada por el legislador varía entre 10 a 1500 unidades reajustables.

Literal c) “Además de las sanciones indicadas, el Tribunal ordenará en la sentencia condenatoria, la confiscación y destrucción, o dispondrá cualquier otro medio de supresión de las copias de obras o producciones y de sus embalajes o envoltorios en infracción, así como de todos los artículos, dispositivos, o equipos utilizados en la fabricación de las mismas. En aquellos casos en que los equipos utilizados para la comisión de los ilícitos referidos no tengan por única finalidad esta actividad, el juez sustituirá la destrucción por la entrega de dichos equipos a instituciones docentes oficiales.

Dispone esta norma el destino final de los efectos del delito.

La colocación de esta disposición dentro del art 46 no es la correcta, debió ser ubicada al final del mismo como estaba previsto en el proyecto inicial, quizá la inadvertencia responde a que los delitos previstos en los *literales d) y e)* fueron agregados a último momento pero sin dudas abarca al resultado de todos los ilícitos previstos en este artículo. Esa es la inteligencia de la previsión y así se desprende de la lectura del Tratado ADPIC (Ley 16.671) arts. 46 y 59 que obran como fuente.

El juez al dictar la sentencia condenatoria tiene la obligación de confiscar siempre los bienes (art. 105 C.P.) y destruir, pero la misma normativa le abre la posibilidad de disponer por cualquier otro medio la supresión de los materiales en infracción, por lo que se estará al caso concreto.

Cuando se hayan incautado *equipos* que no tengan por única finalidad la actividad delictiva el Juez está obligado a no destruir (“*sustituirá*”) y sí a disponer la entrega de los mismos a instituciones docentes oficiales.

El fin es social y ejemplo claro son lo equipos de computación (torres, monitores, teclados, impresoras, altavoces, scanners, reproductores de DVD, cámaras web y digitales, tv, etc.) que se incautan como consecuencia de este tipo de procedimientos.

Anteriormente al surgimiento de la nueva ley (enero de 2003), la jurisprudencia comprendiendo la problemática y aún en ausencia de una ley habilitante a tal fin aplicando el art. 47 de la ley 9739 (hoy sustituido) ya entendía con razonabilidad que esos instrumentos del delito no se consideraba material sobre el cual debiera disponerse la destrucción destinándolos en alguna oportunidad a institutos de interés social como el Iname.(Instituto Nacional del Menor).

Una precisión interesante con respecto al instituto de la Gracia que puede otorgar la Suprema Corte de Justicia a los procesados por estos delitos y su proyección en cuanto a los bienes o efectos incautados provisionalmente como consecuencia de su accionar ilícito. (art 109 del Código Penal en la redacción dada por la ley 17.272 del 24/10/2000).

Se trata este instituto de una especie de perdón soberano del delito, de clemencia, que opera la extinción del reato y el sobreseimiento de la causa, que el enjuiciado puede sin dudas renunciar si entiende que es inocente y solicitar que se continúe el juicio. Pero el art.20 del C.P nada dice con respecto a los efectos del delito, por lo que mantienen su vigencia el resto de la normativa que los regulan.

A juicio del que escribe se mantienen los principios generales, el juicio no llega a sentencia definitiva porque antes se otorga el perdón, el material apócrifo incautado, así como los elementos que sirvieron para su confección (todos efectos del delito) no pueden volver al mercado, tiene que procederse conforme al *literal c* en estudio, sinó se estaría desnaturalizando la filosofía de esta alta política criminal. Rentable resultaría entonces procurar que la Suprema Corte otorgara la Gracia para que el presunto delincuente se lleven sus manos el botín que le fuera incautado, además de contrario a la ley, aparecería como un absurdo.

Similar solución debe darse a los casos en que el expediente se clausura en etapa presumarial, ello no es óbice para la aplicación de la mencionada norma ya que se da un supuesto análogo al procedimiento previsto para la ley de estupefacientes cuando no se arriba a un fallo definitivo (Res. 2942 del 7/8/92 Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Maldonado)

En estos últimos años se ha percibido un cambio en la perspectiva de los agentes del delito en esta materia, dando paso a la transnacionalidad, y al crimen organizado, nuestro país no escapa a ello. Son hipótesis denominadas de macrocriminalidad, donde un grupo o pluralidad de agentes coordinan diferentes medios materiales y humanos para la consecución de finalidades criminales en forma permanente o extendidas en el tiempo, muchas veces actuando por sobre las fronteras nacionales.

Ante tal perspectiva nuestro ordenamiento jurídico posee una norma que permite la provocación del delito por la autoridad, sujeto a determinadas condiciones que el legislador establece, justamente como arma eficaz para detectar y combatir este flagelo.

El art 8. del Código Penal (*del delito putativo y la provocación por la autoridad*) en la redacción dada por la ley de Urgencia Nro 17.243 del 6 de julio de 2000 en su inciso segundo reza: *“El hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso de que el juez competente autorice, por escrito la provocación por razones fundadas. Esta autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento”*.

Este instrumento legal recientemente fue utilizado por vez primera, en caso ventilado en el interior del país. *****

Medidas en frontera

Es una novedosa herramienta jurídica que establece el Tratado ADPIC en su sección 4 cuyo título expresa: *prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera, (arts. 51 a 60)* y que ordena su incorporación a las legislaciones internas de cada Estado Miembro.

Este Acuerdo prescribe que los Miembros adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho que tenga motivos válidos para sospechar, que se prepara la importación de mercancías piratas que lesionan el derecho de autor puedan presentar demanda escrita ante las autoridades administrativas o judiciales, para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercaderías, todo conforme a mecanismos procesales que articula y que el legislador patrio con claridad resumió en un solo artículo.

En la nota del Acuerdo sobre los ADPIC se establece en el literal b) que: *se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.*

El art 25 de la nueva ley que sustituye el art 63 de la ley 9739 del 17 de diciembre de 1937 dispone:

“Art 63 (Medidas en frontera). Cuando la Dirección Nacional de Aduanas o los titulares de los derechos protegidos en esta ley que tengan motivos válidos para sospechar que se realiza o prepara la importación al territorio nacional de mercancías que, de acuerdo a los términos de la legislación aplicable, hayan sido fabricadas, distribuidas o importadas o estén destinadas a distribuirse, sin autorización del titular del derecho de propiedad intelectual, podrán requerir ante el Juzgado Letrado competente, que se dispongan medidas especiales de contralor respecto de tales mercancías, secuestro preventivo, o la suspensión precautoria del respectivo despacho aduanero. Deberán presentarse todos los elementos de juicio que den mérito a la sospecha, debiéndose resolver sobre tales medidas dentro del plazo de veinticuatro horas sin más trámite y sin necesidad de contracautela.

El Juez podrá dictar las medidas solicitadas, en cuyo caso, una vez cumplidas, serán notificadas a los interesados. Si transcurridos diez días hábiles contados a partir de la notificación al titular del derecho o su representante, no se acreditaren haber iniciado las acciones civiles o penales correspondientes, se dejarán sin efecto las medidas preventivas, disponiéndose el despacho de la mercadería, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido el promotor de las medidas”.

(Fuente: art 187 aprobado por la Cámara de Representantes proyecto Poder Ejecutivo mayo 2000 y 51 y ss del ADPIC)

Se trata en la especie de un mecanismo procesal aduanero con las siguientes características.

La protección ampara exclusivamente a “los derechos protegidos por esta ley,” por lo que se restringe a los derechos de autor y conexos.

Inicialmente el proyecto enviado al Parlamento por el Poder Ejecutivo incluía a todos los titulares de los derechos de propiedad intelectual, por lo que el campo de acción se ampliaba al ámbito de “*marcas de fábrica o de comercio falsificadas*”, (art 51 TRIPS) ya que en

oportunidad de la adecuación al ADPIC de la legislación marcaria (*ley 17.011 del 25 de setiembre de 1998*) se omitió tratar este aspecto. Al acotar por los legisladores a “*los derechos protegidos por esta ley*” quedó por el camino una buena oportunidad de cubrir un vacío legal.

Su ámbito de aplicación espacial abarca a todo el territorio nacional, por lo que incluye a mercancías que estén dentro de las Zonas Francas (*ley 15.921 del 17 de diciembre de 1987 y modificativa 17.292 del 29 de enero de 2001 art 65*). Estas Zonas (cuyas mercancías mientras permanezcan dentro de ellas están amparadas por la exención tributaria), los bienes dirigidos a ellas por imperio legal (*art 36*) no pueden permanecer en ningún depósito, debiendo cumplir de inmediato con ese fin, por lo que están dentro de la hipótesis legal de realización o preparación de importación (*art. 22 inc. 2 de la ley 15.921*).

Los sujetos de derecho legitimados para accionar son la Dirección Nacional de Aduanas y/ o los titulares de los derechos que nos ocupan.

La presentación o requerimiento será como dispone la norma ante el Juzgado Letrado competente, que debe interpretarse a nuestro juicio como la sede judicial que posea competencia aduanera.

En Montevideo, serán los dos Juzgados especializados (de Primer y Segundo Turno), en el interior de la República existen algunas ciudades con un Juzgado con competencias total por lo allí deberá comparecerse y en los que poseen división de materias ante las sede judiciales con atribuciones en materia penal y menores que conlleva la aduanera.

La solicitud por imperio legal debe fundarse en elementos que pongan en tela de juicio la legalidad de la mercancía que se apresta a ingresar al país, esto es “*todos los elementos de juicio que den mérito a la sospecha*”.

Estas mercancías debe suponerse que hayan sido fabricadas, distribuidas, estén destinadas a distribuirse o importadas sin autorización del titular del derecho de propiedad intelectual a que alude esta ley.

Las medidas cuyo carácter son de provisionales, pueden resumirse a título de ejemplo, en el secuestro preventivo de las mercaderías, suspensión precautoria del despacho aduanero (Documento Único Aduanero –DUA-) lo que implicaría la inamovilidad de las mismas y otras de contralor especial que no se definen en su contenido pero que obviamente dejan abierta a la discreción del Juez ante la casuística planteada.

Sin dudas que los sujetos legitimados para actuar necesitarán para demostrar la ilegitimidad de las mercancías además de analizar la documentación aduanera respaldatoria de la operación, realizar pericias técnicas (entre otras) todo lo que oportunamente tiene que ser solicitado al Magistrado.

Para resolver el Juez competente está obligado a expedirse dentro del breve plazo de veinticuatro horas de presentada la solicitud y sin otro trámite (lo que significa no requerir la intervención del Representante Fiscal) y sin necesidad de pedir contracautela.

Esta celeridad en el trámite tiene su fundamento en los tiempos reales que se manejan en el movimiento de las mercaderías en zonas aduaneras, ya que detectados los elementos de sospecha un trámite engorroso enervaría la posibilidad de protección a los titulares de estos derechos.

La providencia que admita o deniegue la o las medidas solicitadas puede ser recurrida siguiendo el régimen del Código General del Proceso (art 315 .3) al no haberse dispuesto normativa especial al respecto.

Dispuestas las medidas y luego de cumplidas, se notificarán a los interesados.

Pero la fecha del noticiamiento al promotor o accionante, abre un plazo de diez días hábiles para que éste o estos acrediten haber iniciado acciones civiles o penales.

Sin dudas que una vez justificado el inicio de estas acciones el Juez civil o penal deberá solicitar que las mercancías pasen a su jurisdicción, lo que así deberá proveerse.

De lo contrario se dejarán sin efectos las medidas preventivas, disponiéndose el despacho de la mercadería, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere incurrido el promotor de las medidas

[Fin del documento]

*: El auto de procesamiento del 20/02/03 Fa: S 22/03 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 15 Turno a cargo del Dr: Gerardo Peduzzi:

** A raíz de las resultancias del juicio aludido los profesores de Derecho Civil Dres. Enrique Arezzo Piriz y Gustavo Ordoqui Castilla quienes figuraron como autores de la obra en plagio, fueron destituidos por el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República por violación de ética universitaria. (País de los Domingos 4/7/04 págs.1 y 2).

*** Los casos indicados corresponden al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Sexto Turno y se caratulan:a) Gonzalez Mariño, Hugo Daniel Ficha S 48/93
b) Natalevich, Jacobo Daniel Ficha S 244/94
c) Nappa Pozzi, Raul y otros Ficha S 46/95

**** *“Regímenes penal y procesal penal autorales : experiencias jurisprudenciales “ - 3er Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos .pág. 957 y ss. Dr Eduardo Fernández Dovat Montevideo. 1997.-*

***** Expte 320/2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Chuy del 17 de junio de 2004, autos: “Balladares Raul. Delito previsto en el art 46 de la 9739 con las modificaciones introducidas por el art 15 de la ley 17.616”.