

UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO NEGRO

ABOGACÍA TRABAJO FINAL DE GRADO.

LA DEFRAUDACIÓN EN LA
LEY N 11.723 “RÉGIMEN
LEGAL DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL”.
CARACTERIZACIÓN E
INTERPRETACIÓN.
ALUMNO: MARCHISELLI
EZEQUIEL DARÍO
DIRECTOR: DR. REUSSI
CARLOS. CODIRECTOR: DR.
BARRIO FERNANDO.

AGRADECIMIENTOS:

En el transcurso este hermoso proceso de aprendizaje tuve la posibilidad de conocer compañeros, profesores y una Universidad que me dio la posibilidad de poder llegar hasta este punto de culminación de la carrera de Abogacía.

Quiero agradecer a Dios en primer lugar, a mi familia que siempre me apoyo, a mis profesores los cuales me transmitieron el conocimiento necesario para ser un buen profesional.

A mis amigos Luis D'Alfonso y López Verónica con los cuales compartí hermosos momentos durante el transcurso de la carrera.

También quería agradecer especialmente a mi Director del Trabajo final de grado, el Dr. Carlos Reussi, quien en todo momento me guio por el camino correcto brindándome las mejores herramientas para poder desenvolverme y realizar el Trabajo.

Al Dr. Barrio Fernando mi Codirector quien desde la distancia siempre me acompaño y me ayudo siempre de la mejor manera.

Y a todos quiénes fueron parte de este agradable camino y me acompañaron todos estos años.

MUCHAS GRACIAS.

Contenido

1.-INTRODUCCION.....	3
2.1 OBJETIVO GENERAL.....	6
2.2- OBJETIVOS ESPECIFICOS	6
3.- MARCO METODOLOGICO	7
3.1.- ENFOQUE TEORICO	7
3.2.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	7
3.3.-METODOLOGIA	8
4.-MARCO TEORICO	10
4.1.- ANTECEDENTE.....	10
4.2.- LA PENA EN EL DERECHO PENAL.....	14
4.3.-PROPIEDAD INTELECTUAL.....	14
5.0 MARCO NORMATIVO	15
5.1- BIEN JURIDICO TUTELADO.....	17
5.2.- TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	18
5.3- INTRODUCCION AL INSTITUTO DE LA DEFRAUDACION.....	22
5.4.- INVIOLABILIDAD DEL PATRIMONIO	24
5.5.- DEL REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL	25
5.6.- DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS	26
5.7- CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO	26
5.8.- NORMAS ADJETIVAS	27
5.9.- ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE LA NACION.....	28
6.- JURISPRUDENCIA.....	29
7.- DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA	34
8.-CONCLUSION	37
6.-BIBLIOGRAFIA.....	39

1.-INTRODUCCION.

El presente trabajo final de grado tiene como objetivo el análisis, caracterización y aproximación al delito de la Defraudación en materia de Propiedad Intelectual, que se encuentra previsto en la Ley N° 11.723 del “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”; su interpretación a partir de Fallos que resultan de relevancia para la investigación, la finalidad de comparar la interpretación del delito por parte de la doctrina, y la aplicación por parte de la judicatura, al momento de analizar los hechos que configuran el tipo penal previsto en las normas de la Ley de Propiedad Intelectual que sientan precedentes jurisprudenciales.

La hipótesis de esta investigación se centra en la aproximación al vocablo defraudación de la ley 11.723 que a lo largo de este trabajo veremos si esta tendría el alcance de la expresión técnico jurídica del Código Penal, o en tal caso un referido a la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor, sabiendo ya que la equiparación legal que se efectúa con el art. 172 del C.P. es a los efectos de la pena, y no a los elementos constitutivos del delito.

El interés social del presente trabajo estriba en que en la actualidad y dada la globalización y socialización de la información, el avance constante de la tecnología y los medios digitales, coloca a la comunidad en su conjunto en una situación diferente al contexto social de tiempos anteriores, donde las distintas formas de cometer defraudación sobre la propiedad Intelectual requerían formas comisivas distintas.

Es por ello la importancia de conocer sobre la defraudación en la Propiedad Intelectual, sus características, formas comisivas, efectos, mecanismos de protección de la obra creada, formas de registración, la ley de Propiedad Intelectual, donde en sus cláusulas penales detalla sobre las formas de defraudación en esta materia, los tratados Internacionales en cuestión, y la jurisprudencia que sirve como antecedentes en casos que se han llevado a conocimiento de los tribunales.

El derecho de propiedad intelectual está compuesto por dos aspectos: el moral o no patrimonial y el económico o patrimonial. El primero está relacionado a la paternidad de la obra y cuya violación tiene como efecto la afectación del buen nombre y honor del creador.

Por esto el problema que se plantea y al intentare dar respuesta es la interpretación restrictiva del Código Penal de La Nación con respecto al delito de la defraudación comparándolo con la interpretación amplia que se da por parte de la judicatura en materia de propiedad intelectual, con la finalidad de llegar a una conclusión con respecto al vocablo

defraudación del cual se habla en el Código Penal de la Nación a diferencia de la interpretación amplia de que se hace en los fallos que se analizarán en el transcurso del trabajo.

“el fraude del que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultan menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropia en beneficio personal... El vocablo defraudación de la ley 11723 no tiene el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva del Código Penal, sino un sentido amplio y genérico, referido a la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor, siendo la equiparación con el art. 172 del C.P. a los efectos de la pena, y no a los elementos constitutivos del delito” (C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re “DRAGANI”

Se intentará brindar un acercamiento al Derecho de la Propiedad Intelectual, partiendo de su conceptualización, la que surge de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I), el Convenio Internacional de Berna, y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor. También habrá de valorarse desde el punto de vista de la legislación nacional, que desde el Art. 17° de la Constitución Nacional habla de la Propiedad Privada y en su última parte dispone que *“Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”* lo que habla del aspecto moral o no patrimonial del derecho, describiendo la paternidad del hecho creativo en la figura de su autor.

En el mismo sentido el Art. 75° inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, donde se encuentra -entre otros-, la “Declaración Universal de Derechos Humanos” que en su Art. 27.2 reza: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”* (Declaración Universal de Derechos Humanos., 1948), lo que ya se encuentra regulado y tutelado en la Ley N° 11.723 del “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”. De la norma internacional se observa la ampliación del derecho en cuestión, al incluir al aspecto moral o “no patrimonial” además el aspecto patrimonial al referirse a los “intereses materiales”.

En esta investigación se intentará abordar el estudio del tipo penal de la Defraudación tipificado en el Código Penal de la Nación en su Art. 173, ss. y cts., analizando doctrina y jurisprudencia a nivel Provincial y Nacional, además de normativa internacional aplicable,

según su impacto económico y significancia social, ya que la defraudación lesiona no solo los derechos del autor de la obra, su creación y paternidad, sino que además implica un daño económico si se probara el desplazamiento patrimonial del autor de la obra, en favor del autor material del delito.

Se hará asimismo una breve referencia a los mecanismos de protección y las formas actuales de su registración ante el Organismo pertinente.

Es necesario tener en cuenta para el análisis de la defraudación especialmente en el campo de la propiedad intelectual, la dinámica social y cultural en relación al avance de la tecnología, como producto de la globalización y la digitalización, de aspectos como es el de las Plataformas Digitales “piratas” que ofrecen películas, libros, audios al mismo tiempo que se estrenan en Salas de Cine, o exhiben en las librerías, siendo tales actividades pasibles de ser consideradas una de las formas de defraudar que se adaptan con inmediatez, creando un resultado negativo para la protección de las obras tuteladas por la propiedad intelectual, en niveles nunca antes imaginados.

Como en el Derecho Penal no está permitida la analogía, y como es necesario para que se pueda imputar la comisión de un delito a un sujeto y declarar su culpabilidad, someter el hecho a las categorías de análisis en materia penal, a fin de establecer la acción típica, antijurídica, y culpable que será perseguida, la que debe estar previamente tipificada. El hecho de estar descripta legalmente la situación reprochable, implica que la acción ilícita realizada debe encuadrar en uno de los tipos penales establecidos en el Código Penal de la Nación y en las normas que contengan en sus disposiciones cláusulas penales como el caso de la norma en análisis.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la ley de Propiedad Intelectual vigente en nuestra Nación, ley N° 11.723, es del año 1933. Existieron en su texto pocas modificaciones y en lo que nos interesa a los fines de este trabajo, es analizar si realmente es suficiente con lo establecido en dicho cuerpo normativo, para cumplir con la efectiva tutela legal, frente a la defraudación que, con el avance de la tecnología y la globalización, hacen que la potencial vulneración de la propiedad intelectual se haya vuelto un conflicto frente a la velocidad de estos avances.

2.1 OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de la investigación es brindar una mirada a las cláusulas penales de la Ley 11.723, en particular los artículos 72 y 72 bis a fin de determinar si los medios comisivos enumerados y detallados en estos artículos se pueden clasificar dentro de las especies identificadas por la doctrina, o surge de la legislación y la jurisprudencia una especie distinta de defraudación.

La doctrina identifica dentro del tipo penal de la defraudación como género, tres tipos de medios comisivos que constituyen las especies: fraude o estafa, abuso de confianza y el aprovechamiento de una situación que le facilita o le permite consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro potencial de producirlo. Mediante el análisis de las cláusulas penales de la ley 11.723 de propiedad intelectual, se intentará identificar si la defraudación del art. 72° y 72° bis pertenece a una de las tres especies descriptas por la doctrina, o se trata de una especie distinta a partir de identificar sus características, medios comisivos, sujetos intervinientes, efectos y tipo de bien jurídicamente tutelado, dando lugar a como se pronuncia la jurisprudencia con respecto al mismo delito en la ley de Propiedad Intelectual

2.2- OBJETIVOS ESPECIFICOS

Los objetivos específicos, que aportarán a la concreción del objetivo general, son los siguientes:

Identificar de la doctrina tomando autores como es el caso de Buompadre, y Carlos Creus y el Dr. Raffaroni, las características propias del género de la defraudación, y la clasificación de las distintas especies que hoy se encuentran en el Código Penal en particular y en el Ordenamiento Jurídico local en general. Con la finalidad de comparar lo que doctrinariamente se plantea comparándolo con los fallos a analizar.

Para esto se la aborda jurisprudencia pacifica en materia de defraudación a la Propiedad Intelectual, además de interpretar los Convenios Internacionales de los cuales Argentina es parte, debiendo en ese sentido actualizar y modificar sus disposiciones para cumplir con los requisitos mínimos propuestos por estos.

Para una mejor comprensión del tema planteado se caracteriza el instituto de la Defraudación, especialmente el incluido en la Ley 11.723 y su implementación.

De tal forma llegar a concluir, brindando una respuesta a la hipótesis planteada, sobre si el tipo penal incorporado en la Ley de Propiedad Intelectual de Argentina, responde o puede clasificarse dentro de los tres tipos identificados por la doctrina, o sin en tal caso se tratad de una especie distinta establecida por el legislador y la jurisprudencia.

3.- MARCO METODOLOGICO

3.1.- ENFOQUE TEORICO

El enfoque teórico refiere al análisis del instituto de la defraudación que protege a la propiedad y en este caso desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual buscado dar respuesta a la hipótesis planteada respecto a si el vocablo defraudación de la ley 11723 tendría el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva del Código Penal, o en tal caso si tiene un sentido más amplio y genérico, referido a la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor. Si bien la equiparación con el art. 172 del C.P. es a los efectos de determinar la cuantía de la pena, podrían no estar reflejados los elementos constitutivos del delito.

Es a partir de la conceptualización del derecho de la Propiedad Intelectual y tomando como eje el delito de la DEFRAUDACION, junto con la caracterización del tipo penal, realizar la descripción y el análisis que hace Buompadre en so obra “Derecho Penal – Parte Especial” del 2018, y también lo que expresa en su libro “Derecho Penal Parte Especial” Carlos Creus, en el que se analiza el instituto de la defraudación a la luz del Código Penal de la Nación.

3.2.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

La problemática que se abordará será:

-El instituto de la defraudación del artículo N° 173 y Ss. del Código Penal de la Nación en relación a las cláusulas penales de la ley, el artículo N° 71 y Ss. de la Ley N° 11.723 “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”, su interacción con los Tratados Internacionales en la materia a tratar.

- El Impacto económico derivado de la defraudación, ya que la misma conlleva un agravio patrimonial al titular del bien tutelado por la normativa.

- Esta investigación se basa en lo prescripto en las cláusulas penales del cuerpo normativo, es decir, el artículo 71, y subsiguientes, de la Ley 11.723, el cual establece que “*será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley*” y el artículo N°72¹ de la ley Nacional .

En un adelanto del análisis subsecuente, y la necesidad de actualizar la ley, se observa que el artículo 71 de la referida ley de Propiedad Intelectual, no incluye lo referente al art 72 bis, incorporado por la Ley 23.741 mencionado anteriormente.

“ARTICULO 172. - *Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.(CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado), s. f.)*

La ley de Propiedad Intelectual en su artículo 71 toma la pena del artículo citado precedentemente, y se aplica como consecuencia de infringir los derechos del autor de la obra tutelada por la Ley de Propiedad Intelectual.

3.3.-METODOLOGIA

En el trabajo Final de Grado se realizará una investigación con la finalidad de analizar y explorar para poder abordar la temática con este enfoque.

Desde el punto de vista metodológico este jurídico descriptiva, es decir, análisis del contenido de la ley en conjunto con análisis el jurisprudencial, y, con la inclusión del potencial impacto económico de la actual situación, elementos de método socio-jurídico.

Se realizaron relevamientos de distintos autores en lo que hace la concreción del Trabajo Final. Además de las distintas normativas que directa o indirectamente tratan la

¹ “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes;

b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;

c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;

d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados.”

defraudación, desde la mirada de la Propiedad Intelectual, como lo son las Leyes Nacionales y Tratados Internacionales en cuestión.

Las tareas que se llevaron adelante para poder llegar a una conclusión fueron aquellas que ayudaron a cumplir con los objetivos planteados:

- Reconocer y caracterizar el delito de la defraudación en la Ley N° 11.723 “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”, para poder comparar con el mismo delito planteado en el Código Penal de la Nación

- Identificar Leyes Nacionales y los Tratados Internacionales en materia de Propiedad Intelectual, con la finalidad de darle sustento al trabajo y de esta forma poder visualizar la diferencia entra la interpretación amplia por parte de la judicatura y la interpretación restrictiva por parte de los doctinarios

- Explicar cómo funciona y se aplica el instituto de la Defraudación y como afecta el patrimonio del afectado.

- Abordar la doctrina con respecto al uso del instituto de la Defraudación desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual.

- Para esto tomare como referentes al doctinario Carlos Creus, a Buompadre y el Dr. Raúl Zaffaroni, ya que quienes aportan de manera positiva a este trabajo son estos doctinarios anteriormente mencionados, con respecto a la defraudación.

4.-MARCO TEORICO

4.1.- ANTECEDENTE

En 1932 se sancionaron una gran cantidad de leyes que dieron lugar a la ampliación de los aparatos burocráticos del Estado. Existía una forma particular para avanzar con reformas administrativas, como la creación de comisiones *ad hoc*, con la finalidad de tratar cuestiones de la agenda pública o de gobierno, elevando tales propuestas como iniciativas legislativas. Si tales iniciativas se convertían en ley, para su articulado estaba contemplado la formación de una comisión para reglamentarla, corroborar su funcionamiento y tomar el cargo de su cumplimiento.

El proyecto de la ley de propiedad intelectual del año 1933 fue elevado al Congreso Nacional por Roberto Noble, diputado del Partido Socialista Independiente por la Capital Federal. Se designó una Comisión Parlamentaria a tales fines, movilizados los Senadores y Diputados por la idea de que existía “*un lugar vacante*”, es decir un vacío legal en el campo del Derecho la Propiedad Intelectual en la República Argentina. Ello así surge claramente cuando se hace mención que:

“En los debates en el Congreso Nacional los diversos sectores del arco político coincidieron en la necesidad de sancionar una ley que contemplase una mayor injerencia del Estado sobre el campo cultural. En efecto, con la sanción de la ley 11.723 se buscaba ofrecer una respuesta mediata a las transformaciones generadas en la Argentina con el desarrollo de nuevos medios de “reproductibilidad técnica” (Benjamín, 2012: 23-62) de las obras”(Lacquaniti, 2017)

El avance tecnológico dio lugar a la ampliación de la definición de los que se entendía por “obra artística o intelectual”, por esto la Comisión Parlamentaria consideró necesario el análisis del derecho comparado tomando como referencia diferentes países de Europa y América. Esto generó un debate global sobre la legislación internacional y sobre la aplicabilidad de los reglamentos en nuestra Nación (Lacquaniti, 2017).

Al hablar del delito de defraudación, estamos frente a un tipo penal que tutela la Propiedad Privada, y se extiende –entre otros-, al campo de la Propiedad Intelectual. Ello se ve reflejado en las cláusulas penales incluidas en la Ley N° 11.723 como “Defraudación en la Propiedad Intelectual”.

En el año 1989 mediante reforma legislativa se incorpora por Ley N° 23.742 el Art. 72 bis², modificando la Ley N° 11.723/33. En materia punitiva no se han realizado nuevas modificaciones hasta la actualidad respecto de la defraudación y la pena establecida para tal acción típica. En él se hace una numeración y descripción taxativa de los medios comisivos.

El mencionado Art. 72° bis incorporado, contiene una cláusula procedimental, por la que se habilita al sujeto pasivo del delito, es decir, quien resulta víctima de la defraudación, a que pueda solicitar medidas coercitivas al tribunal jurisdiccional en materia comercial o penal, para el secuestro de copias ilícitas de importación, destinadas a hacerlas llegar a una gran cantidad de consumidores.

Si no se inicia la acción dentro de los quince (15) días del secuestro, ya sea por denuncia o querrela, podría dejarse sin efecto la medida por solicitud del titular de las copias secuestradas. El juez ordenara el decomiso de las copias que fueron parte del hecho delictivo y los elementos de reproducción a pedido del afectado. Se puede decir que la reforma por la que se incorpora el Art. 72° a la Ley N° 11.723 ofrece una respuesta a la ambigüedad del Art. 71° del mismo cuerpo normativo.

La evolución tecnológica, producto de la globalización de la información, tiene como efecto que la real protección del bien jurídico tutelado por la Ley de Propiedad Intelectual, que ha quedado relegada respecto de los avances tecnológicos. Por ello se hace sumamente importante y necesario establecer la regulación de contenido punitivo y en función de tal naturaleza jurídica, ellas queden incluidas como una forma de afectación a la propiedad privada dentro del propio Código Penal, y no ya como Ley Penal Especial.

² **“Art. 72 bis.** — *Será reprimido con prisión de un mes a seis años:*

a) *El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;*

b) *El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;*

c) *El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;*

d) *El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;*

e) *El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.*

El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

Si no se dedujera acción, denuncia o querrela, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante.

A pedido del damnificado el juez ordenará el comiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar que no utilizará los aparatos de reproducción para fines ilícitos, el comprador deberá acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el "fondo de fomento a las artes" del Fondo Nacional del Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6° del decreto-ley 1224/58.

(Artículo incorporado por art. 2° de la [Ley N° 23.741](#) B.O. 25/10/1989).”(LEY NACIONAL N° 11.723 «REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL», 1933)

Ello tuvo un intento, en la reforma propuesta del Código Penal de la Nación, con la redacción del Art. 150° del Anteproyecto de Código Penal de la Nación del Año 2014., cuestión que se analizara al avanzar con el presente trabajo de investigación.

Al estar frente a una figura del Derecho penal, se encuentra atravesada por Principios propios de la materia jurídica en cuestión, y otros derechos y garantías que no se pueden soslayar. Es el caso del debido proceso, el principio de congruencia, la tutela de la propiedad privada, que además gozan de protección mediante cláusulas constitucionales que tienen como finalidad la defensa ante la posible vulneración de la propiedad del titular de una obra en cualquiera de sus formas. Todo ello sin dejar de lado las garantías procesales de aquellos que resultan acusados o imputados de cometer tales delitos.

Estas garantías constitucionales se encuentran previstas a partir del artículo 18° de la Constitución Nacional, y los Tratados de Derechos Humanos incorporados al plexo normativo con jerarquía constitucional.

Carlos Creus, doctrinario del Derecho, particularmente el Derecho penal, en su libro “Derecho Penal – Parte Especial”, menciona y caracteriza la defraudación, la cual, según el mismo es un delito genérico en el que se encuentran abarcadas especies de defraudaciones. Parafraseando al autor con respecto a la propiedad privada, se manifiesta la defraudación, cuando se altera el estado de la propiedad luego haberse perpetrado el delito. La expresión genérica que abarca los delitos contemplados en la Ley N° 11.723 es el de Defraudación. En el Código Penal por su parte, la Defraudación es el género, pero existe un detalle taxativo de medios comisivos, que pueden clasificarse en dos especies bien diferenciadas: La estafa, y el Abuso de Confianza. Al mencionar “defraudación” se refiere a toda lesión patrimonial, donde por la propia actividad del sujeto pasivo o circunstancias ajenas a la voluntad del agente (fraude o abuso de confianza), quien provoca tal lesión en el patrimonio ajeno, además se beneficia de ella, consiguiendo en tal caso un desplazamiento de elementos del patrimonio de la víctima, al patrimonio del victimario.

Si bien en palabras del Profesor Soler toda pretensión clasificatoria conlleva el peligro de construir “agrupaciones algo forzadas y deformantes”, puede señalarse un triple origen del perjuicio defraudatorio, donde encontramos los siguientes tipos:

1. Las que se perpetran por medio del Fraude: El agente provoca con su actividad (que constituye el despliegue de un ardid o engaño) un error en el sujeto pasivo, lo que motiva que realice la prestación perjudicial de su propio patrimonio o del

de un tercero. Puede decirse que es el fraude del agente el que determina la prestación.

2. Las que se perpetran abusando de la confianza depositada en el agente: Tienen la característica de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no viciado, en el que el sujeto pasivo le da poder de hecho al agente sobre aquel, siendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y en donde la lesión al patrimonio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese pacto, abusando el agente del poder de hecho que se le fue asignado. La subjetividad consistente en el dolo se ve en el momento del abuso, no en el desplazamiento del bien, que se ha producido por un acto jurídico preexistente. No se trata de abuso de una confianza personal, sino la de la creada por el negocio jurídico.
3. Las que perpetra el agente, aprovechando una situación que le facilita o le permite consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo: lo debe realizar haciendo un ejerciendo anormal del derecho y de las facultades que (de no existir tales situaciones) constituirían actividades perfectamente lícitas. Por lo general en estos casos el bien ya ha salido del poder de un legítimo tenedor por un acto o hecho extraño a la voluntad del agente, quien no hace otra cosa que materializar su desplazamiento ocupándolo, o por acto jurídico anterior de la víctima, que ha otorgado un poder de hecho al agente que le permite vulnerar la propiedad de aquella, o por el acto propio del agente que se inserta en una situación particular de la víctima (Creus, 1997). En esta situación encontramos lo mencionado en el Fallo “Dragani” (mencionado más adelante) donde dice *“El vocablo defraudación de la ley 11.723 no tiene el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva del Código Penal, sino un sentido amplio y genérico, referida a la actividad intencional desplegada en violación a la propiedad del autor, siendo la equiparación con el art. 172 del C.P. a los efectos de la pena, y no a los elementos constitutivos del delito.”*(C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletín de jurisprudencia, año 1991, N°4), s. f.)

Surge de la doctrina que, dentro del género de Defraudación, se encuentran especies como las anteriormente descritas, que ayuda a entender el tipo de delito, clasificarlo, establecer el medio comisivo idóneo, la subjetividad de la acción típica, y por ende el tipo y cuantía de la pena.

4.2.- LA PENA EN EL DERECHO PENAL

Se hizo mención en el acápite anterior a que se debe entender la especie del tipo genérico de defraudación de que se trata, a los fines de establecer (entre otras cosas) el tipo y cuantía de la pena.

En este sentido tiene dicho Raúl E. Zaffaroni, que cuando se introduce la “Coerción Penal, prevención general y especial”, se observa que se realiza una sub- clasificación: la parte objetiva, y la parte subjetiva. La primera se encargaría de la protección de los bienes jurídicos, mientras que en la segunda la seguridad jurídica funciona como prevención general, con la intención de que no se vuelva a cometer el delito.

Por otra parte, desde la perspectiva de la investigación existe desde el aspecto penal una única consecuencia: la pena. Esta tiene el objetivo de proveer seguridad jurídica para la prevención de potenciales conductas ilícitas.

Al considerar la prevención general, la *sanción* es una retribución ejemplarizante que se dirige a todos los integrantes de la comunidad jurídica. De esta manera se da lugar a una función educadora, aunque a veces no es suficiente y afecta la seguridad jurídica.

Existe una postura, de la cual quien resulta ser un exponente es el Prof. Raúl E. Zaffaroni., donde se pretende que la prevención sea especial, queriendo accionar con la pena sobre el autor con la finalidad de que el mismo aprenda a convivir dentro del marco de la legalidad. En este sentido dice:

“La prevención no puede ser rígida porque debe resolver distintos conflictos. Debe permitir una pluralidad de soluciones que se adecuen al conflicto exteriorizado en la criminalización, en un Estado en que la prevención es un medio para proveer la seguridad jurídica, el límite de la prevención lo impone el mismo sentido de seguridad jurídica y va a regularlo en la ley penal (C.P.)”(Zaffaroni, 2002)

4.3.-PROPIEDAD INTELECTUAL

Como primera medida se debe conceptualizar que se entiende por Propiedad Intelectual. Para esto es menester tener en consideración que existe una organización a nivel mundial, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en adelante O.M.P.I., que define a la misma como “(...) *los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que se prestan a la protección por derecho de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos,*

las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos.”(O.M.P.I., 2023).

5.0 MARCO NORMATIVO

Existe el Convenio de Berna del año 1886, el cual en los términos del convenio “*trata de la protección de las obras y los derechos de los autores*”(Ley 25.140/1999, Convenio de Berna, s. f.). Asimismo, se debe tener en cuenta el “*Tratado de la O.M.P.I. sobre Derechos de Autor*” que “*es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos. El Tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos").*”(O.M.P.I., 1996).

De estos convenios internacionales surge lo que en la actualidad se ve reflejado en los artículos 1 y 2 de la Ley 11.723³ de Propiedad Intelectual. De la normativa Internacional y la normativa Nacional que regula la Propiedad Intelectual se entiende que son las obras científicas, literarias y artísticas de toda naturaleza y extensión, los programas de computación, pinturas, esculturas y toda forma de expresión artística y cultural, así también la expresión de ideas, procedimientos, métodos. De la normativa nacional se entiende que el derecho de la propiedad de una obra comprende para su autor la posibilidad de disponer de ella con la finalidad que su creador determine.

Además y con respecto a la protección que se le brinda a la propiedad Intelectual nuestro ordenamiento jurídico incorpora con jerarquía constitucional, a partir de la reforma del año 1994, y a través del artículo 75 Inciso 22, los tratados de Derechos Humanos que en sus artículos hacen mención a la Propiedad Intelectual, podemos citar el artículo 27, Inciso

³ **Artículo 1°.** — A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998](#))

Art. 2°. — El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

2 , de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dice: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*” (Declaración Universal de Derechos Humanos., 1948).

Vinculado con lo dicho anteriormente y con la Propiedad Intelectual en particular la Constitución Nacional en su artículo 17 garantiza la Propiedad Privada donde en su última parte hace mención a que: “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley*”. (Constitución Nacional, 1994)

La Ley 11.723/33 con sus modificaciones, regula específicamente la materia de Propiedad Intelectual, y en particular en su título “DE LAS PENAS” el instituto de la defraudación, que es el objeto de análisis de este trabajo.

Tanto la Sociedad como la tecnología son dinámicas, experimentando constantes cambios. En cuanto al avance de la tecnología, trae aparejado consecuencias negativas como el caso del ineficaz control de los derechos de la Propiedad Intelectual. Debido a estas falencias, el acceso a contenidos que se encuentran en la denominada “Nube”, hace posible la defraudación a la propiedad intelectual, logrando así de manera más fácil apropiarse de las obras ajenas con ánimo de lucro perjudicando a autores originales o titulares de la misma.

En cuanto a la subjetividad de la norma el artículo 4⁴ de la Ley define quienes resultan ser los titulares de la Obra, quienes al momento de la aplicación de las cláusulas penales van

⁴ **Art. 4°.** — *Son titulares del derecho de propiedad intelectual:*

a) *El autor de la obra;*

b) *Sus herederos o derechohabientes;*

c) *Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante.*

d) *Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario. (Inciso d) incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998)*

Art. 5°. — *La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.*

En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.870 B.O. 16/9/1997)

Art. 5° bis. — *La propiedad intelectual sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas corresponde a los artistas intérpretes por el plazo de SETENTA (70) años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de su publicación. Asimismo, la propiedad intelectual sobre los fonogramas corresponde a los productores de los fonogramas o sus derechohabientes por el plazo de SETENTA (70) años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de su publicación. Los fonogramas e interpretaciones que se encontraren en el dominio público sin que hubieran transcurrido los plazos de protección previstos en esta ley, volverán automáticamente al dominio privado por el plazo que reste, y los terceros deberán cesar cualquier forma de utilización que hubieran realizado durante el lapso en que estuvieron en el dominio público.*

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.570 B.O. 14/12/2009)

Art. 6°. — *Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación.*

Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento.

a ser quienes estén legitimados a iniciar acciones contra aquellos que se encuentren encuadrados en los tipos penales de defraudación detallada en la norma.

5.1- BIEN JURIDICO TUTELADO

El derecho de propiedad intelectual está compuesto por dos aspectos: el moral o no patrimonial y el económico o patrimonial. El primero está relacionado a la paternidad de la obra y cuya violación tiene como efecto la afectación del buen nombre y honor del creador. Se protege la indemnidad de la voluntad creativa y la facultad potestativa de su divulgación. La convención de Berna de 1886 “Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas” en su revisión de Roma de 1928 dice:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

Así descrito se trata de un derecho de naturaleza extra-patrimonial.

El segundo de los aspectos trata sobre la potestad de obtener un beneficio económico por la explotación de la obra, su distribución, publicación, transformación, etc. Es un derecho de naturaleza patrimonial.

Si bien los dos aspectos están alcanzados y se encuentran tutelados, partiendo del análisis de las cláusulas penales de la ley de propiedad intelectual, el bien jurídico protegido es el patrimonial en mayor medida, comparado con el extra-patrimonial. Por otra parte, la doctrina sostiene que del género defraudación del Código Penal surgen dos acciones típicas como especies: La Estafa y el Abuso de Confianza. Buompadre al tratar el instituto de la

En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros.

Art. 7°. — *Se consideran obras póstumas, además de las no publicadas en vida del autor, las que lo hubieran sido durante ésta, si el mismo autor a su fallecimiento las deja refundidas, adicionadas, anotadas o corregidas de una manera tal que merezcan reputarse como obras nuevas.*

Art. 8°. — *La propiedad intelectual de las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones o personas jurídicas, durará cincuenta años contados desde su publicación.*

(Artículo sustituido por art. 1° del Decreto Ley N° 12.063/1957 B.O. 11/10/57.)

Art. 9°. — *Nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas.*

Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).” (LEY NACIONAL N° 11.723 «REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL», 1933)

defraudación del Código Penal, identifica que existe un perjuicio en común para todas las figuras allí planteadas: el patrimonial.

Una parte de la doctrina sostiene que lo que se intenta tutelar es el “Patrimonio” en su conjunto. La doctrina mayoritaria, sostiene que lo que se encuentra afectado son los elementos que integran el Patrimonio. Por ello, para que se configure la conducta típica, debe haber una afectación en alguno de los elementos, sin importar su valor pecuniario en relación a la universalidad patrimonial, y si se da esta situación, se debe tener la certeza de una variación entre, la situación anterior a la defraudación y la situación luego de esta. Como indica Buompadre el fraude tiene siempre como consecuencia un ataque a la totalidad del patrimonio, afectándolo y produciendo una disminución en su conjunto.

5.2.- TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Convenio de Berna:

“El Convenio de Berna, que fue adoptado en 1886, trata de la protección de las obras y los derechos de los autores. Ofrece a los creadores como los autores, músicos, poetas, pintores, etc., los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones. Se fundamenta en tres principios básicos y contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse, así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.” (Ley 25.140, Convenio de Berna, s. f.)

Cuando nos referimos a este Convenio, que trata de la protección de las obras y los derechos de los autores, estamos frente a un convenio, ratificado por el estado Nacional, el cual tiene tres principios básicos, y además en su cuerpo normativo hay disposiciones que ponen el piso, es decir la protección mínima.

Los tres principios básicos son los siguientes:

1. Principio del Trato Nacional: → inc. a) Que habla respecto la obras de origen de alguno de los Estados Contratantes, debe ser objeto, en todos los Estados contratantes, de la misma protección que se le brinda a las obras su propio Estado.
2. Principio de Protección Automática: → inc. b) Este inciso menciona que la protección no debe estar subordinada al cumplimiento de alguna formalidad.
3. Principio de la Independencia de la Protección: → inc. c) Aquí se desarrolla que la protección es independiente de la existencia de protección en el país de origen. Pero, si

en el otro Estado se prevé un mayor plazo de tiempo del de protección que el mínimo prescrito por el Convenio, y cesa la protección de la obra en el país de origen, además la protección podrá negarse en el momento que haya cesado en el país de origen.

En el mismo plexo normativo se establecen las condiciones mínimas de protección las cuales refieren a las obras y los derechos que han de protegerse, y a la duración de la protección. Clasificados en el inciso a) que refiere que en lo que hace a las obras, la protección debe extenderse a “todas las producciones en las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”; el inciso b) Habla de la sujeción a ciertas reservas y establece los derechos que deberán reconocerse como derechos exclusivos de autorización:

- el derecho a traducir,
- el derecho de realizar adaptaciones y arreglos de la obra,
- el derecho de representar y ejecutar en público las obras dramáticas, dramático–musicales y musicales,
- el derecho de recitar en público las obras literarias,
- el derecho de transmitir al público la representación o ejecución de dichas obras,
- el derecho de radiodifundir (los Estados Contratantes cuentan con la posibilidad de prever un simple derecho a una remuneración equitativa, en lugar de un derecho de autorización),
- el derecho de realizar una reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (los Estados Contratantes podrán permitir, en determinados casos especiales, la reproducción sin autorización, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y, en el caso de grabaciones sonoras de obras musicales, los Estados Contratantes podrán prever el derecho a una remuneración equitativa).

También se expone sobre el derecho de utilizar la obra como base para una obra audiovisual y el derecho de reproducir, distribuir, interpretar o ejecutar en público o comunicar al público esa obra audiovisual.”

Este Convenio le da la relevancia que ameritan los "derechos morales", es decir, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio al honor o la reputación del autor.

El inciso c) trata sobre la duración de la protección, el principio general es que deberá concederse la protección por el plazo de los 50 años posteriores a la muerte del autor. Sin embargo, existen excepciones a ese principio general.

Este Convenio permite ciertas limitaciones y excepciones en materia de derechos económicos y para comprenderlo de una mejor manera se refiere a los casos en que las obras protegidas podrán utilizarse sin autorización del propietario del derecho de autor y sin abonar una compensación. Generalmente se utiliza el término "libre utilización" de obras protegidas para referirse a esas limitaciones

Adoptado en 1886, el Convenio de Berna fue revisado en París (1896) y en Berlín (1908), completado en Berna en 1914 y revisado nuevamente en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971), y por último, fue objeto de enmienda en 1979.(Ley 25.140/1999, Convenio de Berna, s. f.)

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor:

Cuando nos referimos al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, estamos hablando de un arreglo particular que ha sido adoptado en función del Convenio de Berna que, como mencionamos anteriormente, trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. En este Tratado además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos. El Tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos").”(O.M.P.I., 1996)

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor” (O.M.P.I.) ratificado por ley N° 25.140/99, en su artículo 2 reza: “*La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*” Y que en su Artículo 14 “Disposiciones sobre la observancia de los derechos” dice:

1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.

2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el

presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.(O.M.P.I., 1996)

Es importante en lo relacionado a los derechos concedidos a los autores al margen del Convenio, el Tratado confiere:

1. El derecho de distribución
2. El derecho de alquiler.

El primero de ellos el derecho de distribución es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público del original y los ejemplares de la obra mediante venta u otra transferencia de propiedad.

El segundo, el derecho de alquiler es el derecho a autorizar el alquiler comercial al público del original y las copias de tres tipos de obras:

- i) Los programas de ordenador (excepto cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler);
- ii) Las obras cinematográficas (pero únicamente cuando el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción);
- iii) Las obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes (excepto para los países que desde el 15 de abril de 1994 aplican un sistema de remuneración equitativa respecto de ese alquiler).

El tercero es el derecho de comunicación al público que hace alusión al derecho a autorizar cualquier comunicación al público por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida "la puesta a disposición del público de sus 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". La expresión citada abarca, en particular, la comunicación interactiva y previa solicitud por Internet.

En el artículo número 10 del tratado, en cuanto a las limitaciones y excepciones, incorpora la llamada "regla de los tres pasos" para la determinación de las limitaciones y excepciones. Los Estados Contratantes podrán formular nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital. Se permite la ampliación de las limitaciones y excepciones existentes, o la creación de otras nuevas, siempre que se cumplan las condiciones de la regla de los tres pasos.

5.3- INTRODUCCION AL INSTITUTO DE LA DEFRAUDACION

NATURALEZA JURIDICA

Es menester volver a los dos aspectos inherentes a los Derechos de Propiedad Intelectual: extra-patrimonial y patrimonial; a fin de contextualizar qué tipo de derechos se trata. Sostiene la doctrina mayoritaria que hay dos interpretaciones de Propiedad: una restringida, y otra más amplia receptada por el Art. 17 de la Constitución Nacional. La restringida se define como un poder jurídico sobre una “cosa” que confiere facultades inherentes a esa relación directa y que se ejerce sobre la misma. Al referirse a ella, presenta un bien material susceptible de valor económico. Ello no describe la propiedad intelectual, porque preeminentemente esa materialidad del bien no es tal, con lo cual el aspecto moral del derecho es difícil de calificar.

El instituto penal de la Defraudación, tiene como objetivo la tutela del patrimonio que es afectado por mecanismos fraudulentos, el ardid o engaño; pero desde la perspectiva de la Propiedad intelectual es importante tener en cuenta que a partir de la creación de la Ley 11.723 y la interpretación de la jurisprudencia, podría entenderse que la defraudación aquí no tiene el mismo alcance del artículo 172 del Código Penal de la Nación, sino que, tiene un sentido más amplio, cuestión que quedo sentada en el precedente “DRAGANI” c. 27.321 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional donde se expresa que

“2. El fraude del que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultan menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropia en beneficio personal.

3. El vocablo defraudación de la ley 11.723 no tiene el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva del Código Penal, sino un sentido amplio y genérico, referida a la actividad intencional desplegada en violación a la propiedad del autor, siendo la equiparación con el art. 172 del C.P. a los efectos dela pena, y no a los elementos constitutivos del delito.”(C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletin de jurisprudencia, año 1991, N°4), s. f.)

En cuanto a la ausencia de elementos propios de la defraudación que enuncia el Código Penal de la Nación, es de relevancia tener en cuenta lo que pronuncia en el fallo “Troncoso, Oscar” sala VI, 21/12/79” donde entre sus considerandos manifiesta, que “El

fraude del que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultan menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropie en beneficio personal". Y continúa expresando que, en la ley en cuestión, la defraudación no tiene el alcance de la expresión volcada en el Código Penal de la Nación, una expresión técnico jurídica restrictiva; sino que tiene un alcance de interpretación amplio y genérico.

En la obra "El arte y el derecho penal" en ese fallo citado su autor el doctor Ledesma expresó que en los arts. 71 y 72 de la ley 11.723 los términos de fraude y defraudación se refieren a la actividad intencional desplegada en violación a la propiedad del autor, aclarando que la equiparación del art. 172 del Código Penal que tras la norma, se refiere a los efectos de la pena ("quod poenam") y no a los elementos constitutivos del delito indicado ("quod delictum"), por lo cual no se requiere en su tipificación el ardid del art. 172 citado." (C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletín de jurisprudencia, año 1991, N°4), s. f.)

En este sentido es importante tener en claro: ¿Cómo la doctrina interpreta la defraudación plasmada en el Código Penal de la Nación?

Esto queda en claro si se toma como referencia la obra de Buompadre J. E., "Derecho Penal- Parte Especial" donde el autor hace un análisis de los tipos penales del Código Penal. El autor habla sobre el sobre el capítulo 4 del Código Penal de la Nación, que agrupa una amplia gama de figuras delictivas bajo una misma denominación: "Estafas y otras defraudaciones".

Como se planteó anteriormente, lo que aquí se trae a discusión, es si las cláusulas penales en la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual que prescriben el instituto de la defraudación, ¿cumplen con los elementos tipificantes del instituto penal establecido en el artículo 172 del Código Penal? Y luego también buscaremos dilucidar si lo que en realidad se protege es el patrimonio en su totalidad (Universitas Iuris), o si los que se ven afectados son los elementos que integran al mismo. La parte mayoritaria de la doctrina está a favor de la segunda idea. Es suficiente que se vea lesionado un elemento puntual del patrimonio, no necesariamente determinando su valor económico, poniéndolo en relación con el total del patrimonio, teniendo en cuenta su situación previa al ilícito, y luego de este.

“Sin perjuicio de que el fraude importa siempre un ataque a su completividad, afectándolo y produciendo una disminución en su conjunto. Después del fraude, el patrimonio nunca será el mismo que era antes de este.”(Buompadre, 2018)

5.4.- INVIOlavILIDAD DEL PATRIMONIO

Para una mejor comprensión de la situación planteada es necesario tener presente que se habla cuando se menciona el patrimonio como sinónimo de propiedad. La Corte Suprema tiene dicho que *“todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) a condición de que su titular tenga una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce (...) integra el concepto constitucional de propiedad”* (Bourdieu c/ M.C.B.A, 1955)

Otro precedente importante que ayuda a comprender este concepto es el fallo “HORTA, JOSÉ C/ HARGUINDEGUY, ERNESTO” donde dice:

“Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. "Cuando un derecho se encuentra en nuestro dominio, dice Laurent, es indudable que ni el legislador mismo puede quitárnoslo. La inviolabilidad de la propiedad está garantida por nuestra Constitución. La ley que privase al individuo de un bien cualquiera que forma parte de su dominio, sería inconstitucional; violaría el artículo II de nuestro pacto fundamental. En este sentido y con estos límites, la no retroactividad es un principio constitucional que liga al Poder Legislativo, y con mayor razón -al Poder Judicial" (Príncipes de Droit Civil, 1º, 193)-.”(Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto, 1922)

Al hablar de Propiedad se describe lo que se conoce con la denominación de patrimonio de una persona, una universalidad jurídica, que está compuesto tanto de los derechos, conocido como el activo, además de las obligaciones, conocido como el pasivo. De allí surge otra discusión doctrinaria, puesto que hay una diferencia entre el concepto jurídico y el económico del Patrimonio. El primero abarca los derechos patrimoniales de una persona, que a su vez pueden ejercer una acción autorizada por el ordenamiento. En tal

sentido no se podría decir que hay una defraudación si el bien que es objeto del derecho tiene origen ilícito, como tampoco podría ser susceptible de una acción si es un derecho en “expectativa”, en cambio puede ser objeto de una defraudación si el bien de que se trate no es susceptible de valoración económica, incluyendo en esta categoría los derechos intelectuales en su faz moral.

Contrario sensu el concepto económico es opuesto a lo anterior, puesto que un bien, aun obtenido de manera ilícita, sería pasible de tutela judicial, por lo que la comisión de una estafa sobre el producido de un ilícito es darle una amplitud inusual a la defraudación. Con respecto a las “expectativas” podrían formar parte del patrimonio, puesto que ellas configurarían un “Activo Corriente”, si este tuviera un valor pecuniario considerable, y respecto de aquellos bienes que no reportan un valor económicamente apreciable quedarían sin tutela, quedando cubierto el aspecto patrimonial.

La naturaleza descrita anteriormente dejaría sin la tutela punitiva al derecho de propiedad intelectual, lo que lleva a considerar una teoría ecléctica entre ambas concepciones que nos lleva a proteger el Patrimonio de una persona, entendiendo como tal los bienes susceptibles de valoración económica, pero que además gocen de la protección jurídica.

5.5.- DEL REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En cuanto al registro de la obra, es necesario que el autor lo realice de acuerdo a como lo establece la Ley de Propiedad Intelectual, y para esto contamos en nuestro país con la “Dirección Nacional del Derecho de Autor”, que facilita y ayuda al compromiso nacional de estimular el desarrollo y la creación de las distintas formas beneficiarias o enriquecen la tecnología, la cultura, el avance como sociedad con la seguridad de estar en producción de un futuro aporte a la sociedad, el cual va a ser realmente protegido, que lógicamente, está condicionado a su correcta registración, ya que no se puede proteger algo que se desconoce. El bien tutelado debe ser registrado de acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, para que de esta manera se pueda brindar ayuda y apoyo a quienes, con esfuerzo y dedicación, invierten su tiempo en la creación de obras que enriquecen el aspecto cultural, tecnológico, de seguridad, etc.

La falta de inscripción, como menciona el artículo 63⁵ de la ley de Propiedad Intelectual, da lugar a la suspensión del derecho de autor hasta que se realice en la correspondiente inscripción, que genera el recupero de estos derechos, al momento de la inscripción, sin perjuicio de la validez de la utilización de la obra durante el tiempo que esta no estuvo inscripta.

La obra adquiere certeza de su existencia en determinada fecha, de su título, su autor, traductor y contenido.

El artículo 65 de la ley de propiedad intelectual, menciona un registro, el cual indica que el mismo “llevara los libros necesarios para que toda obra inscripta tenga su folio correspondiente, donde constaran su descripción, título, nombre del autor y fecha de la presentación (...)”. Es una presunción de autoría que otorga el Estado, con una fecha cierta de inscripción.

El registro en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, cumple la función de comparación en casos de defraudación y se presume autor de la obra el que figura como tal en el certificado otorgado por la DNDA, salvo prueba en contrario. (Dirección Nacional del Derecho de Autor, s. f.)

El artículo 68 del mismo cuerpo normativo, establece que el registro debe estar bajo la dirección de un abogado, que reúna las condiciones necesarias requeridas por la ley.

5.6.- DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

La ley 11.723, en su artículo 79, nos deja claro que los jueces, luego de la fianza, podrán decretar la suspensión de una obra, como puede ser un espectáculo teatral, por ejemplo, o el embargo de las obras denunciadas. (*LEY NACIONAL N° 11.723 «REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL»*, 1933)

5.7- CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

⁵ “**Art. 63.** — La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hechas durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta. No se admitirá el registro de una obra sin la mención de su “pie de imprenta”. Se entiende por tal, la fecha, lugar, edición y la mención del editor.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, en su artículo N° 40⁶ nos habla de los derechos del imputado, los cuales son aplicados y garantizan la posibilidad de su defensa, que sigue y es congruente con lo que reza el artículo N°18⁷ de nuestra Constitución Nacional, el debido proceso.

5.8.- NORMAS ADJETIVAS

La acción se iniciará de oficio, por denuncia o querrela. Esto implica la necesidad de que el Estado como garante del efectivo cumplimiento, debe llevar adelante la acción. Debido a la falta de personal especializado se torna un poco más complejo, a la hora de tutelar de manera correcta el bien que está en conflicto.

Los mecanismos de protección y la forma de registración para evitar la Defraudación están establecidos en la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

“Art. 75. — En la aplicación de las penas establecidas por la presente Ley, la acción se iniciará de oficio, por denuncia o querrela”. (LEY NACIONAL N° 11.723 «REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL», 1933)

El procedimiento y la jurisdicción están establecidos en el artículo N° 76 de la ley N° 11.723, al decir que: *“...el procedimiento y jurisdicción será el establecido por el respectivo Código de Procedimientos en lo Criminal vigente en el lugar donde se cometa el delito.” Estando en el ámbito del derecho penal, esto plantea la necesidad imperiosa de identificar el lugar donde el delito es cometido, lo cual debe ser analizado a la luz de los avances tecnológicos.”*

⁶ “Artículo 40.- Derechos del Imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible los derechos siguientes:

1) A ser asistido desde el primer acto del procedimiento por el defensor que proponga él o una persona de su confianza y en defecto de éste, por un defensor público. A tal fin tendrá derecho a comunicarse telefónicamente en forma inmediata.

2) A designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su captura y que el aviso se haga en forma inmediata.

3) A qué se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan.

4) A ser oído dentro de las cuarenta y ocho (48) horas si se encuentra detenido y a manifestarse cuantas veces quiera siempre con la presencia de su defensor, como así también a abstenerse de declarar o contestar preguntas, sin que ello permita usar su abstención como presunción de cargo.

5) A que se comuniquen al consulado en caso de ser extranjero.

6) A saber la causa o motivo de su captura y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole según corresponda la orden de detención emitida en su contra.”

7 Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

5.9.- ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE LA NACION.

Es de relevancia para este trabajo, traer el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, donde se trata el tema del cual estamos tratando, donde se propone una interesante reforma, donde en el Capítulo VI, “Delitos contra los Derechos Intelectuales”, en el artículo N°150 “Violación de derechos intelectuales”, donde vemos que las conductas tipificadas provienen de la Ley 11.723, de 1933, que sigue siendo el marco normativo en esta materia.

Para esto la comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012, del 7 de mayo de 2012 conformada por el Dr. E. Raúl Zaffaroni (presidente), León Carlos Arlanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, como miembros, Julián Álvarez (secretario) y Roberto Manuel Carles (coordinador). La comisión desarrollo su trabajo a partir de su creación y culminaron con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013.

En el artículo 150° de este Proyecto, la comisión propone tener en cuenta este problema del avance de la tecnología y las formas de violar los derechos intelectuales, *“pues el modo en que los usuarios y consumidores de estos bienes acceden a ellos, máxime cuando entran en juego derechos culturales, de acceso a la información, a la educación, etc. Por otra parte, en el ámbito del ciberespacio, las categorías clásicas de autor, usuario, interprete, obra, entre otras, se han desdibujado por completo”*(Comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, 2014)

Los Derechos sobre la Propiedad Intelectual se crearon con la finalidad de la tutela y el fomento de la ciencia y el arte, cuando no existe la correcta protección sobre estos derechos, haciendo énfasis en lo patrimonial, el autor de la obra se ve desestimulado a seguir creando, ve vulnerados sus derechos e incluso esto desalienta a quienes invierten tiempo y dinero en la creación de obras.

En el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, la conceptualización de autor ha abierto un importante debate con el avance de la tecnología, debido a la globalización, y específicamente cuando hablamos de internet, y los más avanzados medios de reproducción y transmisión de datos. Se ve en controversia si el autor tiene en relación a su creación un derecho personalísimo, un derecho sui generis, o un derecho patrimonial, si es real o si tiene naturaleza mixta. Frente a distintos criterios, se escogió mantener el texto proyectado que reconoce como interés tutelado a la Propiedad Intelectual, comprendida como el conjunto de

derechos que un autor tiene sobre su obra. (Comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, 2014)

En cuanto a los tipos penales en la ley de propiedad intelectual, el Anteproyecto de Código Penal propone derogar el artículo 71°. Su redacción no ofrece certeza. Persigue la intención de abarcar la totalidad de medios comisivos, que, puesto en hechos concretos, tengan aptitud de lesionar (defraudar dice el texto en la ley), los derechos tutelados por la propiedad intelectual. La enumeración realizada en el Art. 150° del Anteproyecto se considera comprensiva de todos los supuestos medios comisivos, los que provienen del artículo 72 de la Ley N°11.723. En la reforma propuesta además de requerirse el ánimo de lucro o la finalidad de perjudicar a otro, entendiéndose que quedan tutelados derechos de naturaleza no patrimonial, como es el caso de la “paternidad” de la obra. (Comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, 2014)

6.- JURISPRUDENCIA

Para comenzar con el análisis de la jurisprudencia en materia de defraudación incluida en la norma en análisis, es necesario tener en cuenta la diferencia mencionada precedentemente respecto a la interpretación que motiva esta investigación, y luego de la caracterización del delito de la “defraudación”, habiendo entendido lo propuesto del Código Penal de la Nación -como menciona Buompadre en su libro citado anteriormente-, la interpretación amplia que se hace de la defraudación cuando hablamos de Propiedad Intelectual. Esta forma de defraudación se manifiesta sin la necesidad de realizar un ardid o engaño al titular de la obra, ni un abuso de confianza, sino que el agente que lleva adelante el delito lo hace de una manera particular, las que perpetra el agente, aprovechando una situación que le facilita o le permite consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo.

Es menester tener en consideración lo que la Corte Suprema de Justicia ha dejado como precedente respecto a los “motores de búsqueda”, siendo estos intermediarios, no tienen el deber de saber todo el contenido que está circulando en las redes, pero ante esto la C.S.J.N. dijo que “...los motores de búsqueda podrían ser responsables por contenido, a partir del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página, al no procurar el bloqueo del resultado(..)” Asimismo, la Corte Suprema de Justicia entiende donde el daño resulte

manifiesto, solo es necesaria la simple notificación privada fehaciente al motor de búsqueda. En los casos donde se necesite un esclarecimiento, para que el buscador tenga conocimiento de la ilicitud del contenido, la notificación deberá ser por vía judicial o administrativa.

FALLO VOLPE, CÉSAR S/ DENUNCIA S/ CASACIÓN

Para el análisis de la jurisprudencia es necesario, ver cómo y de qué manera los jueces fundamentan su decisión, pudiéndose citar algunos extractos de los fallos en análisis para evitar una incorrecta interpretación.

El pronunciamiento en crisis confirma el sobreseimiento del Juzgado de Instrucción con fundamentos propios luego de discrepar con los argumentos de la sentencia apelada. En este sentido, dice que la ausencia de conclusión del trámite del registro a tenor de lo dispuesto por la Ley 11723 (ADLA, 1920-1940, 443, Ley de Propiedad Intelectual) no resultaba obstáculo para la tipicidad de la conducta ilícita reprochada. Sostiene -a su entender- que lo "único relevante resulta ser si los acusados han desplegado alguna maniobra ardidosa para defraudar..., lo que de ninguna manera está probado" (fs. 257 vta.).

Es así como se manifiesta la necesidad del ardid o engaño para que se dé la tipicidad de la conducta ilícita mencionada en el fallo según aquí se interpreta

“Tal es el fundamento sustancial del auto mencionado que no es ni mínimamente atacado por la casación analizada, la que se circunscribe a alegar acerca de una serie de autocontradicciones vinculadas con la innecesaridad de la inscripción en tal registro y con la omisión de prueba esencial. Es decir, se trata de agravios en donde se denuncian vicios "in procediendo", no vinculados con la postura del a quo, esto es, la maniobra ardidosa y su prueba. Este defecto técnico de la vía casatoria tendría como consecuencia la confirmación del pronunciamiento de la Cámara Criminal, atento al principio general según el cual la jurisdicción de este Superior Tribunal se encuentra limitada por los términos del recurso. Empero, tal principio general cede ante la advertencia de nulidades absolutas en el expediente y, por lo tanto, declarables de oficio”.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, siguiendo el contenido del extracto del fallo citado precedentemente, nos demuestra como el principio general cede frente a la presencia de nulidades absolutas, y es aquí donde, de oficio, se declaran las nulidades.

Para demostrar esto se debió retomar parte del razonamiento de la señora Juez de Instrucción, que

“el fraude del que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultan menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropia en beneficio personal... El vocablo defraudación de la ley 11723 no tiene el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva del Código Penal, sino un sentido amplio y genérico, referido a la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor, siendo la equiparación con el art. 172 del C.P. a los efectos de la pena, y no a los elementos constitutivos del delito” (C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re "DRAGANI", en Boletín de Jurisprudencia, Año 1991, N° 4). En dicho precedente se cita también un fallo de la Sala VI ("TRONCOSO", del 21-12-79, en JPBA. t. 77, pág. 99), según el cual tal defraudación no requiere, para su tipificación, el ardid del artículo 172 citado.” (FALLO VOLPE, CÉSAR S/DENUNCIA S/ CASACIÓN, s. f.)

“WAIZER”. (Año 1.971)

Es de relevancia tener en cuenta lo que nos deja en claro este, donde se menciona que:

“Los objetos que tienen rasgos que les confieren individualidad propia, que son creación artística original, producto de una concepción que ha sido expresada como el fruto de una idea virtual y que ha logrado su propósito, puesto que son inteligibles y reconocibles dentro del mundo de otros objetos... deben tener la correspondiente tutela penal mediante la protección de la ley de propiedad intelectual 11723” (WAIZER, 1971), en LL, T. 145, pág. 298).

Pues aquí se nos plantea el deber de proteger las obras que contienen rasgos característicos, que nos dan la posibilidad de individualizarlo y dan la certeza de ser una creación original, fruto de un proyecto que consiguió su objetivo.

Fallo Dragani. (C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletín de jurisprudencia, año 1991, N°4)

En el fallo, que se toma como referencia para la caracterización del fraude establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, N°11.723, menciona la ausencia de los elementos tipificantes de la defraudación del Código Penal de la Nación, y toma como referencia lo expuesto en el fallo “Troncoso, Oscar” del año 1979, donde se afirmó que: *"El fraude del que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultan menoscabados en cuanto alguien contra la voluntad del propietario del bien intelectual se lo apropie en beneficio personal"*. Luego se anuncia que en dicha ley el vocablo “defraudación” se distingue por no tener el alcance de la expresión técnico jurídica restrictiva y especificada en el Código Penal de la Nación, teniendo, la defraudación en la ley, un sentido amplio y genérico y también hace referencia a la obra “El arte y el derecho penal” en ese fallo citado, su autor, el Dr. Ledesma dijo –como ya viéramos- que la remisión de la 11723 al art. 172 es solo a los efectos de la pena, no a los elementos constitutivos del tipo penal.

Además de lo mencionado anteriormente en las cláusulas penales de la ley de propiedad intelectual, como quedó expuesto precedentemente, existe en este fallo una cuestión de gran importancia a los fines del cumplimiento de los objetivos planteados en la primera parte del trabajo, y tiene que ver con “el impacto económico” que se genera luego de haber llevado adelante el ilícito que estamos analizando, la defraudación, y que se manifiesta en lo que citaré: *“Por otra parte resultan evidentes las ventajas económicas que le reportaban a Dragani la reproducción de esas videocasetes, en detrimento específico de quien tenía la exclusividad de esa explotación, con lo cual queda acreditado el perjuicio también cuestionado por la denodada defensa. De este modo se patentiza la violación al derecho de propiedad paralelamente al de los derechos intelectuales que protege el delito de referencia.”* (C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletín de jurisprudencia, año 1991, N°4), s. f.)

Fallo “film -Un Cuento Chino- Pampa Films”

En el mes de abril del año 2013 comenzó un proceso, en el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N°20 y se dictó la resolución que se trae como objeto de análisis

para aportar material e información, y en lo que interesa a los fines del trabajo, jurisprudencia nacional con respecto a la comisión del ilícito de la defraudación en materia de propiedad intelectual. La resolución, en la que dio lugar el proceso, comenzó en abril cuando los titulares de los derechos de autor de la obra: “Un Cuento Chino”, denunciaron a quienes entendían responsables de llevar adelante la defraudación de los derechos de propiedad intelectual que ampara la ley de Propiedad Intelectual. Los actores denunciaron la operación del sitio de internet “YouTube”, como así también a partícipes y encubridores.

Se habría materializado la defraudación, mediante la exhibición de la obra, sin la autorización de quienes serían los titulares de la obra cinematográfica, la productora “Pampa Films”, cuya titularidad no fue controvertida.

Al 18 de abril de 2012, bajo la constatación notarial, aportada como prueba documental, se confirmó que habría por lo menos seis enlaces en el sitio web de “YouTube”, los cuales, al día de la fecha mencionada al comienzo de este párrafo, se contaban unas 196.666 reproducciones, lo cual implicaría varias exhibiciones no autorizadas de la obra.

Se entendió que la película fue cargada en el sitio de YouTube, por usuarios anónimos, potencialmente identificables. Los actores responsabilizaban, el desarrollo y operación de la página web, que permitió, desde sus propios servidores y a través de este sitio, alojar el contenido que luego sería exhibido, sin la autorización de los titulares de la obra, dando lugar a que, los usuarios de internet puedan acceder al contenido proporcionado por la página.

El alojar un contenido potencialmente reproducible por los usuarios de este sitio web, como es de público conocimiento, esta plataforma brinda este servicio, es decir, lo que se conoce como video streaming, que es la exhibición a través del uso de internet en una plataforma digital, dando lugar al acceso libre y gratuito al contenido que aloja la plataforma.

Los enlaces denunciados fueron dados de baja por los responsables del sitio web “www.youtube.com”, luego de conocer la existencia de la denuncia. Aun así, posteriormente se encontraron hechos de la misma naturaleza, que dieron lugar a la ampliación de la denuncia. (Zubimendi, M. S., & Corleone, D., 2014)

Como se mencionó antes, que la Corte Suprema de Justicia ha dejado como precedente respecto a los “motores de búsqueda”: *“siendo estos intermediarios, no tienen el deber de saber todo el contenido que esta circulando en las redes, pero ante esto la C.S.J.N. dijo que “...los motores de búsqueda podrían ser responsables por contenido, a partir del*

efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página, al no procurar el bloqueo del resultado(..)” Asimismo, la Corte Suprema de Justicia entiende donde el daño resulte manifiesto, solo es necesaria la simple notificación privada fehaciente al motor de búsqueda. En los casos donde se necesite un esclarecimiento, para que el buscador tenga conocimiento de la ilicitud del contenido, la notificación deberá ser por vía judicial o administrativa”.

7.- DESARROLLO DE LA PROBLEMATICA

Las cláusulas penales de la Ley de Propiedad Intelectual protegen la Propiedad Privada. Como se analizó anteriormente ella está compuesta por el patrimonio, el que para algunos autores se encuentra integrado por una universalidad de bienes, y para otra parte de la doctrina por distintos elementos que lo integran.

La mirada que mejor se adapta al derecho de la Propiedad Intelectual es esta segunda versión, en donde se puede identificar aquellos elementos que componen el Patrimonio de un sujeto, y especialmente a instancia de la Ley 11.723 brindarle la tutela a aquellas creaciones que surgen del intelecto de sus propietarios, y que detalla el Art. 1° de la norma mencionada.

Dentro de estas creaciones se encuentran en los términos del artículo referido de la Ley 11.723 las obras científicas, literarias y artísticas. Estas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

Al analizar la redacción del artículo 72° de la Ley se encuentran detallados los medios comisivos previstos por el legislador. El primer medio utilizado se encuentra descrito como el *“que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”*. Visto este modo a la luz de la clasificación propuesta por la doctrina, no se trata de una “Estafa” puesto que le falta el

elemento subjetivo de perpetrar un ardid o conducta engañosa en el sujeto pasivo, ya que el delito puede ocurrir sin el conocimiento, la confusión o engaño de quien resulta el titular de la obra.

Tampoco se trata de un abuso de confianza, toda vez que el victimario no aprovecha la circunstancia de tener en su poder o cuidado el bien tutelado, con el consentimiento del propietario, y abusando de la confianza depositada en el tenedor de la cosa para su beneficio particular.

Queda por identificar si es posible su clasificación dentro de aquella que perpetra el sujeto activo de la acción reprochada por el ordenamiento, valiéndose de una situación que le facilite o le permita llevar adelante la comisión del delito. Para poder identificar si corresponde a esta categoría o no, a la luz de esta clasificación el agente se aprovecha de una situación que le permite consumir el perjuicio patrimonial o el peligro de consumarlo, haciendo un ejercicio anormal del derecho y de las facultades que de no existir tales situaciones constituirían actividades perfectamente lícitas.

En los incisos restantes del mismo artículo, vemos conductas desplegadas por el o los agentes que se perpetran sin el conocimiento del titular de la obra es decir que no se puede verificar un ardid o engaño, para configurar la estafa o un abuso de confianza para llevar adelante el hecho delictivo, sino que quienes perpetran estas acciones se aprovechan de las situaciones plasmadas en la tercer categoría enumerada por Carlos Creus, es decir, llevando delante de manera incorrecta el derecho aprovechando una particular situación que le permite realizar el perjuicio patrimonial.

En el inciso d) de este último artículo se vale de un abuso de confianza pues como dice realiza más de los ejemplares autorizados.

De la misma manera que se ha analizado el artículo 72 se analizara a continuación el artículo 72 bis incorporado por la modificación de la Ley en el año 1989.

En el Inciso a) el actor, sin autorización del titular de la obra, reproduce copias con fin de lucro, en este caso el sujeto que realiza la acción no engaña al titular de la obra ni existe un abuso de confianza, sino que el sujeto se está aprovechando de esta situación para defraudar al titular de la obra.

El inciso b) que reza *“El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto”* encuadra en la tercera categoría de las cuales menciona Creus, ya que el damnificado no sufre un engaño ni un abuso de confianza, pero si se consuma la defraudación y el perjuicio patrimonial.

Los incisos posteriores también se llevan adelante distintos tipos de defraudaciones en los términos de la defraudación del Código penal de la Nación, pero estos se llevan adelante para con los compradores o interesados. El autor o titular de la obra no es no participa directamente del engaño, ni se abusa de su confianza, pero se perpetra el deterioro patrimonial a este dando lugar a la defraudación plasmada en la Ley de Propiedad Intelectual.

Con respecto a la jurisprudencia mencionada anteriormente y puntualmente haciendo énfasis en el Fallo “Dragani” que deja en claro que *los arts. 71 y 72 de la 11.723 los términos de fraude y defraudación se refieren a la actividad intencional desplegada en violación a la propiedad del autor, sin requerir en su tipificación el ardid del art. 172 del C.P.* Aquí la Cámara Nacional en lo Criminal siguiendo con el análisis del fallo vemos que esta se expresa de una manera en la cual diferencia la defraudación diciendo que los términos de fraude y defraudación se refieren a la actividad intencional desplegada en violación a la propiedad del autor, y a partir de esto, la violación a la propiedad del autor, se expresa la misma Cámara, mencionando que resultan evidentes las ventajas económicas que le reportaban a Dragani la reproducción de esos videocasetes, es decir se beneficiaba generando ingresos desde la defraudación que se llevaba adelante, en detrimento de quien tenía la exclusividad de esa explotación.

Por último, vale referir que la problemática se incrementa por el hecho de no haber instancias administrativas ni jurisprudenciales especializadas en la materia de Propiedad Intelectual. No existe un fuero exclusivo en materia de Propiedad Intelectual.

8.-CONCLUSION

Como conclusión del trabajo realizado, luego de haber analizado la doctrina, la normativa Nacional e Internacional y haber analizado la jurisprudencia en relación al objetivo del trabajo, se puede concluir que la defraudación de la que habla la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, es la que encuadra en una tercer categoría defraudatoria, en donde no hay una estafa, es decir un ardid o engaño, ni tampoco un abuso de confianza sino que aquí estamos frente a un tipo de defraudación distinto en el que las que perpetra el agente, aprovechando una situación que le facilita o le permite consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo, que lo realiza haciendo un ejerciendo anormal del derecho y de las facultades que (de no existir tales situaciones) constituirían actividades perfectamente lícitas. Por lo general en estos casos el bien ya ha salido del poder de un legítimo tenedor por un acto o hecho extraño a la voluntad del agente, quien no hace otra cosa que materializar su desplazamiento ocupándolo.

Una de las características propias de la defraudación en materia de propiedad intelectual es que el bien que se tutela es la propiedad que el autor de una obra tiene sobre ella, particularmente la posibilidad de disponer de la misma, beneficiarse económicamente, transferir los derechos económicos, y por lo tanto, la defraudación en la Ley N° 11.723 se manifestará cuando exista un detrimento en la faz económica del titular de la obra. En esta situación no hay un desplazamiento de un elemento o varios que componen el patrimonio del propietario de una obra, sino que se verifica en un desplazamiento en términos económicos, resultante de la explotación económica sin derecho a hacerlo, provocando que deje de ingresar al patrimonio de quien resulta ser su titular, un emolumento que ingresará o aumentará el patrimonio de quien es el defraudador.

En la defraudación del Código Penal de la Nación es necesario que se den los elementos tipificantes del tipo penal allí plasmado, el Ardid o engaño, o el abuso de confianza para llevar adelante la defraudación, vulnerando el patrimonio de la víctima de este delito, donde se ve un desplazamiento de los elementos que componen el mismo. Aquí se observa una diferencia muy importante en cuanto a la defraudación perteneciente a las cláusulas penales de la Ley de Propiedad Intelectual, donde quien lleva adelante la defraudación no utiliza un ardid o engaño para apropiarse de un bien perteneciente al patrimonio sino un derecho económico actual o en expectativa sobre esa obra de titularidad del defraudado. Tampoco existe un abuso de confianza por parte de quien perpetra la

defraudación. Existe un perjuicio patrimonial como se mencionó antes por la explotación de la obra de la cual no se es titular, lo que implica una afectación económica como parte del patrimonio.

6.-BIBLIOGRAFIA

Buompadre, J. E. (2018). *Derecho Penal—Parte Especial*. ConTexto.

C.N. Crim., Sala V. c. 27.321, in re «DRAGANI» en Boletín de jurisprudencia, año 1991, N°4), 27.321 (Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional).
<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B220&td=1&qn=1>

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado).
(s. f.). InfoLEG. Recuperado 2 de agosto de 2023, de
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Comision para la reforma delCodigo Penal de la Nacion. (2014). *Anteproyecto deCodigo Penal de la Nacion.(Comision creada por decreto 678/12)*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nacion.

Constitucion Nacional. (1994). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Creus, C. (1997). *Derecho Penal Parte Especial* (6ta edicion). Astrea.

Bourdieu c/ M.C.B.A, (1955).

Declaracion Universal de Derechos Humanos. (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Direccion Nacional del Derecho de Autor. (s. f.). *Direccion Nacional del Derecho de Autor*. (D.N.D.A). Recuperado 13 de octubre de 2023, de
<https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechodeautor/>

FALLO VOLPE, CÉSAR S/DENUNCIA S/ CASACIÓN. (s. f.).
https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=20ee8db6-dfdd-40af-b2c7-f1fc12248329&stj=1#lista-sumarios

Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto, (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION 21 de agosto de 1922). <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-horta-jose-harguindeguy-ernesto-fa22998000-1922-08-21/123456789-000-8992-2ots-eupmocsollaf?&o=2&f=Total%7CFecha/1922%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=5>

Lacquaniti, L. G. (2017). La ley de propiedad intelectual de 1933. Proyectos y debates parlamentarios sobre los derechos autorales en Argentina. *Revista de Estudios Sociales Contemporáneos* n° 17, IMESC-IDEHESI/Conicet. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/10039/05-resc-17-lacquaniti.pdf

Ley 25.140/1999, Convenio de Berna. (s. f.). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/>

LEY NACIONAL N° 11.723 «REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL». (1933). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

O.M.P.I. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>

O.M.P.I. (2023). *Organizacion Mundial de la Propiedad Inelectual*. <https://www.wipo.int/copyright/es/>

WAIZER, (CNCrim. y Correc., Sala I, 30-03-71 30 de marzo de 1971).

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General* (Segunda). Ediar.

Zubimendi, M. S., & Corleone, D. (2014). *Derecho de Autor y reproduccion en internet de su obra* . <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/427>