

Poder Judicial de la Nación

**C. 32713 “Incidente de medida
 cautelar en autos Escobar, Tomas
 s/infracción Ley 11723”**

Juzgado 12 Secretaría 23

Expte. 1681/2012/2

Reg. n° 35.625

//////////nos Aires, 01 de febrero de 2013.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

USO OFICIAL

I- La querella ha requerido el dictado de una medida cautelar autónoma innovativa en los términos de los artículos 518 del Código Procesal Penal de la Nación y 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En su petición dejó sentado que encontraba acreditada la verosimilitud del derecho invocado, esto es la afectación de sus derechos de propiedad intelectual y de propiedad, que existía peligro en la demora pues el paso del tiempo hasta el dictado de una sentencia que dirima el debate de fondo podría tornar ilusorio el ejercicio en plenitud de sus derechos, y ofreció una cautela de carácter juratorio. Concretamente, impetró *se disponga preventivamente el bloqueo por parte de los proveedores de servicios de Internet en el acceso a los usuarios al sitio www.cuevana.tv.* (fs.1/6).

El auto que la rechazó fue conteste con el dictamen en oposición del Fiscal y su impugnación habilitó la revisión de esta instancia (fs. 10/15).

II- Según el requerimiento fiscal de instrucción, la pesquisa se encuentra encaminada a determinar si los responsables de la página Web <http://cuevana.tv> exhiben a través de dicho dominio imágenes y videos en infracción a la ley de marcas y a la ley de propiedad intelectual (fs.115). Y, en razón de la presentación primigenia, el Magistrado tuvo a “HBO Ole Partners” como parte querellante en el proceso pues la firma resulta particular damnificada por los delitos denunciados en autos (fs. 125/6 de los principales).

La instrucción desarrollada verificó que:

a- las marcas que se dicen afectadas cuentan con protección registral del Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual a fs. 169/173, 174/6 y 177/8, respectivamente;

b- los capítulos 1 a 26 de la serie “Epitafios” (fs. 129 /154) están resguardados como programa de televisión por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

c- la parte aseguró haber hecho reserva de los derechos y reivindicado la propiedad de la productora HBO en las imágenes de cada una de las series. Ello, por cuanto el artículo 13 de la Ley 11723 declara aplicables sus disposiciones también a las obras extranjeras, siempre que fueran naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual. Y en esa dirección esta Sala sostuvo que para dar protección penal a un trabajo extranjero se exige haber dado cumplimiento a lo dispuesto por la Convención Universal sobre Derechos de Autor –ratificado por el Decreto Ley 12088/57- que requiere como única formalidad que la obra intelectual lleve consignada

Poder Judicial de la Nación

en sus ejemplares la reserva del derecho (copyright, ©) -ver causa 32456 “Rito Pujol, César s/procesamiento”, rta. el 23 de noviembre de 2012, registro nro. 35398 y sus citas jurisprudenciales-.

III- En primer lugar, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia ha entendido que las medidas cautelares innovativas tienen carácter excepcional pues alteran el estado de hecho y/o de derecho existente al tiempo de su dictado; tales extremos justifican una mayor prudencia en el examen de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316:1883, 318:2431; 319:1069; 321:695; 325:2347; 331:466) y hacen necesaria la certidumbre acerca del daño inminente e irremediable si no se modifica la situación (Fallos 331:941).

Asimismo, debe contemplarse que los derechos que invoca la peticionaria no son personalísimos, tampoco tratan de preservar la revelación de algo inédito sino son patrimoniales. Y si bien éstos últimos también merecen una tutela judicial precautoria cuando se los afecta, el juicio de valor que debe hacerse no es el mismo habida cuenta de la naturaleza de esos derechos y de la diferente entidad que tiene el daño en cada caso.

En este orden de ideas, no debe perderse de vista, que el reclamo tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de autor que forman parte del derecho intelectual. Y si bien es cierto que es propio del derecho de autor que la demora en el otorgamiento de una medida precautoria puede conculcarlo definitivamente y que mientras se continúa utilizando una obra sin consentimiento del creador se lo está violando (ver B 546680 “Cris Morena Group S.A. y otros c/Bertotti, Florencia y otros

s/medidas precautorias, rta. el 25/02/2010 por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil) y que el uso de la marca ajena hace nacer la presunción de daño, sea éste por disminución de las ganancias, afectación del prestigio o también por la dilución del signo, pudiendo incluso provocar una situación de incertidumbre en cuanto al origen del servicio en el público consumidor, extremos que bastan para configurar el peligro en la demora (C. 1635/11 “Castex propiedades c/ Castex Propiedades y otros s/medidas cautelares rta. el 17/10/2012 por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal), ese derecho, sin embargo, no resulta intangible y no implica que su protección deba garantizarse en términos absolutos. Así, el resguardo del derecho fundamental de propiedad del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual, debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales. Por ende, corresponde garantizar un justo equilibrio entre la protección de ese derecho y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por tales medidas pues también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes (ver considerandos 43, 44, 45 y 50 de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 24 de noviembre de 2011, asunto c-70/10 “Sociedad de la Información- Derechos de Autor- Internet- programas ‘peer-to-peer’ -Proveedores de Acceso a Internet- Establecimiento de un sistema de filtrado de las comunicaciones electrónicas para evitar los intercambios de archivos que vulneren los derechos de autor- Inexistencia de obligación general de supervisar los datos transmitidos”, en <http://curia.europa.eu/juris/recherche>).

Poder Judicial de la Nación

En idéntica dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al afirmar que: *“La Internet es el fenómeno más importante que se produjo en materia de comunicación desde el surgimiento y el desarrollo de la imprenta y sus particularidades son la libertad y la falta de regulación, frente a las cuales hay que analizar sin un criterio excesivamente restrictivo las situaciones puntuales y disvaliosas...pero sin atentar contra la propia naturaleza de la red pues se podrían afectar derecho de terceros...”* (R. 538623 “D.R. c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/art.250 del Código Procesal –Incidente Civil”, rta. el 4/11/09 por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

USO OFICIAL

En este sentido merece señalarse la amplitud de la medida precautoria pues tal alcance impetrado parece excesivamente amplio y desproporcionado (bloqueo... “total” en el acceso a los usuarios al sitio...) con la situación por la cual se tuvo a “HBO Ole Partners” como querellantes (la reproducción sin autorización exclusivamente de las series de su propiedad mencionadas utilizando, además, esa marca).

IV- Si bien el Código Procesal Penal de la Nación omite otras medias cautelares previstas por la legislación civil y comercial, las mismas resultan procedentes en el proceso penal, según se ha reconocido por la jurisprudencia (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl: “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, 2010, t. II, p. 1292/6).

El dictado de la medida precautoria impetrada exige la concurrencia de los tres requisitos que prevén los artículos 195 a 208 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estos es, verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela.

Con relación a la primera de estas condiciones, es necesario que la medida sea precedida o acompañe el dictado del auto de procesamiento que contempla el artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación o al menos y excepcionalmente, la convocatoria a indagatoria a tenor del artículo 294 de ese mismo ordenamiento ritual (ver doctrina antes mencionada y esta Sala, causa 26.877 “Natalutti, Claudio R. s/ no hacer lugar a la medida precautoria”, reg, n° 29.153 rta. el 11/11/08 y sus citas; también causas n° 33.877 “Martorell y Asociados S.A.”, rta. 28/3/2008, de la Sala IV; causa 36135 “Lerner, Marcelo Eduardo s/medidas cautelares, rta. el 9/12/08 por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal). Se trata de un requisito que excede lo meramente formal y atañe a la necesidad de armonizar estándares de probabilidad requeridos por la última parte del artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación –“elementos de convicción suficiente”- y la verosimilitud del derecho invocado que fundamenta toda medida precautoria conforme la ley adjetiva, con el “motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito” que prescribe el artículo 294 del mismo ordenamiento” (causa nro. 1614/09, “Casano, Liliana Beatriz y otros”, rta. el 19/11/09 por la Sala IV C.N.C. y C. y sus citas). En conclusión, para la procedencia de una medida cautelar en relación a la naturaleza del delito del que se trata, es necesario que el juez considere al destinatario de la

Poder Judicial de la Nación

medida cautelar como sospechoso de haber participado en la comisión de un delito.

Sentado lo expuesto, se advierte que las constancias de la causa revelan que por el momento no se ha dispuesto el llamado en dicha calidad a ninguna de las personas sindicadas por la querrela. En efecto, debe tomarse en cuenta que en el estado incipiente de la instrucción no se ha logrado determinar aún si Cuevana es un sitio de enlaces o de indexación de contenidos de la que se encargan usuarios aislados o si efectivamente hay personas determinadas que la controlan; de momento, también se ignora quiénes son los usuarios que administran el sitio y dónde está ubicado el servidor desde el que se descargan las imágenes. En concreto, en el expediente no se ha imputado debidamente al sujeto o a los sujetos que habrían hecho un uso indebido de la marca y violado los derechos de autor.

USO OFICIAL

Por ello, la medida cautelar cuya admisión se requiere resulta improcedente.

En razón de las consideraciones que preceden, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el auto de fs. 10/15 en cuanto no hace lugar a la medida cautelar genérica requerida por la parte querellante (art. 518 del C.P.P.N. y 232 del C.P.C.C.N., a *contrario sensu*).

Regístrese, hágase al Fiscal General y devuélvase, debiéndose practicar en la anterior instancia las restantes notificaciones a la que hubiera lugar.



Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun- Eduardo G.

Farah.-

Ante mi: Pablo J. Herbón. Secretario de Cámara.-