

Patricia Pacheco Montoya

La Propiedad intelectual sin legislación penal

RESUMEN: Las legislaciones de propiedad intelectual son declarativas y protectoras de derechos por excelencia, pero se ven limitadas al momento de ejercer poder coercitivo o sancionador ya que su accionar directo no puede ir más allá de la esfera administrativa; Ecuador a pesar de tener una ley de propiedad intelectual relativamente nueva, es uno de los países que menos delitos tipificados tiene sobre la materia, por lo que se realiza un análisis normativo comparativo para evidenciar aquellos actos que deberían incluirse en el catálogo penal nacional.

PALABRAS CLAVE: Sanciones; Autor; Penas.

Intellectual property without criminal law

ABSTRACT: Intellectual property laws are declarative and protective of rights par excellence, but they are limited when exercising coercive or sanctioning power since their direct action cannot go beyond the administrative sphere; Ecuador, despite having a relatively new intellectual property law, is one of the countries with the least typified crimes on the subject, so a comparative regulatory analysis is carried out to show those acts that should be included in the national criminal catalog.

KEYWORDS: Sanctions; Author; Penalties.

La Propiedad Intelectual, una breve introducción

La propiedad intelectual es una forma de propiedad y como tal es reconocida y garantizada como un derecho humano, como un derecho fundamental; por lo que se encuentra singularizada en las leyes supremas de los diferentes países, tal es el caso de Ecuador en el que de forma expresa la Constitución redactada en Montecristi en el año 2008 reconoce el derecho a la propiedad en sus diversas formas que van más allá de lo público y privado, pues enlista a la propiedad estatal y considera categorías de propiedad asociativa, comunitaria, cooperativa y mixta; recalcando en la importancia de que indistintamente del tipo de propiedad que se disfrute ésta debe tener una función armónica con la sociedad

► **Emma Patricia Pacheco Montoya**, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador. **Autor de correspondencia:** (✉) eppacheco@utpl.edu.ec —  <https://orcid.org/0000-0002-6606-8855>

y con el ambiente, siendo el Estado quien deberá garantizar el efectivo uso y goce de este derecho.

Y recalca en el artículo 322 el reconocimiento a un tipo específico de propiedad como es la propiedad intelectual, la cual se ajusta de acuerdo a disposiciones particulares acordes con su objeto y naturaleza, las que se encuentran detalladas en el Libro III del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación, más conocido como Código Ingenios

La propiedad intelectual comprende tres grandes grupos de derechos: los derechos de autor y derechos conexos, los derechos de propiedad industrial, y los derechos relativos a las obtenciones vegetales, los cuales gozan de sus propias características y limitaciones, según su uso y campo de protección. A pesar de esta división comúnmente se asocia los términos propiedad intelectual a derechos de autor, ya que se considera que todo aquello que tiene un autor es fruto del intelecto, lo cual es correcto, pero no exclusivo, pues las invenciones y las obtenciones vegetales también nacen de la intelectualidad de su creador, inventor u obtentor.

Para hablar en materia penal de un delito es necesario saber cuál es el bien jurídico protegido que ha sido vulnerado por el acto delictivo; y es por esto que en esta ocasión haré un análisis del primer grupo de derechos de propiedad intelectual, es decir de los derechos de autor, derechos conexos y prestaciones, que se garantizan a los creadores o autores, intérpretes, ejecutantes, etc. y titulares de derechos y que son de dos tipos: derechos morales y derechos patrimoniales.

Derechos morales tutelados

Los derechos morales según nuestra legislación son irrenunciables y de naturaleza perenne; dentro de éstos tenemos: el derecho del autor a la paternidad o al reconocimiento y atribución de su creación, que es el derecho principal para poder ejercer los demás derechos morales y patrimoniales; el derecho al anonimato o a utilizar un seudónimo para identificar sus obras, en cuyo caso quien tenga los derechos patrimoniales será quien responda por cualquier eventualidad frente a terceros; el derecho a la divulgación de la obra en el momento y en el formato en que el autor lo estime pertinente, este derecho

también se lo conoce como el derecho de ineditud que permite que el autor conserve la obra inédita en un formato determinado, aunque esta obra ya haya sido publicada (Decisión Andina 353, 1993); el derecho de acceso a ejemplar único o raro, que puede ejercer sobre terceros, cuando estén en posesión de dicho ejemplar; el derecho a la integridad de la obra, que le permite al autor limitar o evitar que su obra sufra deformaciones o mutilaciones, y ejercer cualquier reclamación cuando su obra haya sufrido alguna alteración, es por esto que a este derecho también se le conoce como el derecho de respeto y se aplica también a las condiciones técnicas por medio de las cuales se realice la comercialización de la obra. (Convenio de Berna, 1886 y Decisión Andina 353, 1993); y el derecho a modificar su obra antes o después de su publicación en su formato original.

Derechos patrimoniales tutelados

El autor o el titular de los derechos del autor, a través de los derechos patrimoniales puede obtener beneficios económicos provenientes de la explotación de su obra; estos derechos son de carácter limitado en cuanto a su duración en el tiempo.

Son derechos patrimoniales tutelados: el derecho a la reproducción de la obra, que permite dar a conocer la obra a través de diferentes medios y ya sea en su formato original o derivado; derecho a la comunicación pública que puede darse en vivo o de forma indirecta y que faculta al autor a percibir un canon por las autorizaciones que dé para el uso de su obra; derecho a la distribución de la obra o sus copias a cambio de un beneficio económico y por medio de cualquier forma de transferencia de la propiedad; derecho a la importación, que faculta a autorizar o prohibir la importación de su obra en cualquier país; derecho a la transformación de la obra, por lo que cualquier obra que se derive de ella deberá ser realizada previa su autorización; y, el derecho a seguimiento o continuación, que está vigente a la par con el tiempo de protección de los derechos del autor, y que permite que el autor de una obra perciba ingresos provenientes de las transacciones posteriores a la primera venta de su obra, en el caso de Ecuador este derecho persiste de manera general hasta los setenta años posteriores a la muerte del autor. (Código Ingenios, 2016).

Obras protegidas

Otro aspecto importante a tener en cuenta para el análisis penal es saber qué bienes se encuentran protegidos bajo el derecho de autor y así encontramos una serie de obras protegidas que son coincidentes en la normativa internacional como nacional, partiendo del criterio de que «obra es toda creación intelectual original en el dominio literario, artístico o científico susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, u otra fórmula similar». (Antequera, s/f) y cuya característica principal es que deben ser originales, y entre las que tenemos: obras literarias, artísticas, científicas; libros, cuentos, ensayos, novelas; composiciones musicales; obras cinematográficas, audiovisuales; esculturas, obras plásticas de diversos tipos; planos, fotografías, software, etc.; así como algunas obras derivadas entre ellas a las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, las cuales serán efectuadas previa autorización del autor.

Aunque la lista de obras protegidas puede parecer extensa, no es exclusiva o excluyente, ya que deja abierta la posibilidad de que puedan ser protegidas infinidad de obras que nazcan del ingenio ilimitado del ser humano.

Protección de los derechos del autor y del titular

Frente a estas obras protegidas y a los derechos morales y patrimoniales reconocidos, la legislación de propiedad intelectual ha considerado una serie de actos que atentan contra estos bienes protegidos, como la importación de obras sin autorización del autor o del titular de los derechos, que está asociado al derecho patrimonial de importación.

De igual forma se han establecido medidas tecnológicas para la gestión y protección de los derechos del autor o del titular de los derechos, respecto a sus obras, como el implementar sistemas de cifrado con el fin de identificar la obra, al autor o titulares de derechos de autor o derechos conexos, los términos y condiciones de uso de la obra o prestación, y los números o código identificativos, y así restringir e identificar su uso no autorizado; por lo tanto se prohíben actos que supriman o alteren esta información electrónica, y la distribución, importación, comunicación o emisión de obras en las que esta información haya sido suprimida o alterada. (Código Ingenios, 2016).

Para asegurar la protección de los derechos de propiedad intelectual se han previsto medidas administrativas y judiciales dentro de lo que se establece la

observancia, que es ese control que se tiene o se debe tener sobre el cumplimiento de la normativa nacional e internacional con respecto a estos derechos y que busca como lo señala el artículo 539 del Código Ingenios «garantizar el comercio, la competencia y el legítimo uso de productos o materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual» (Código Ingenios, 2016). Y de la cual se desprende la observancia positiva y la observancia negativa.

Empezaré refiriéndome a la observancia negativa que es una figura nueva en nuestra legislación de propiedad intelectual, ya que es una de las consideraciones que contempla el Código Ingenios y que se refiere al pedido que se realiza ante la autoridad nacional de propiedad intelectual (sede administrativa) o ante el juez competente (sede judicial) sobre la declaratoria de licitud o de no infracción de los actos realizados o que estén por realizarse en materia de propiedad intelectual, aún frente a terceros; teniendo potestad para ordenar la suspensión o levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran tomado.

La observancia positiva a la cual se recurre ante la violación de los derechos intelectuales y de donde se desprenden acciones administrativas o judiciales para frenar o resarcir el daño causado; en este tipo de observancia también se puede ordenar a petición de parte la suspensión o levantamiento de las medidas cautelares tomadas; dejando en claro que la autoridad de propiedad intelectual en ejercicio de sus funciones está facultada para llevar adelante las tutelas administrativas dentro de las cuales puede ordenar medidas cautelares, y cuyo procedimiento está ampliamente descrito en el Código Ingenios.

En sede judicial se señala que se someten a las disposiciones generales del Código Orgánico General de Procesos para los casos no penales y al Código Orgánico Integral Penal para los casos penales; según los procedimientos establecidos y las reglas de jurisdicción y competencia. De tal forma que es necesario entonces identificar en qué casos se puede recurrir a un proceso penal en materia de propiedad intelectual.

Delitos de propiedad intelectual

El tipificar ciertos actos como delitos de propiedad intelectual es potestad del ámbito punitivo de cada Estado, por lo que aquí ya no hay la unidad de criterios que generalmente se observa en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, en que las legislaciones nacionales se alinean a los criterios de la Organización

Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Y es así que encontramos países con un amplio catálogo de delitos y otros que apenas si consideran ciertas actuaciones.

Y es así que en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador se encuentra tipificado solamente un delito contra la propiedad intelectual y que está especificado en el artículo 280A, (un artículo agregado) ya que fue introducido en el año 2015 con una de las primeras reformas que se le realizó al Código Ingenios, y que se refiere al delito de falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor.

En este tipo penal se hace mención a dos situaciones la fabricación o utilización no autorizada de una marca y la producción, reproducción o comercialización de mercancía pirata, entendiéndose por tal a las copias realizadas sin autorización del autor o del titular de los derechos. Por lo que aquí se abarca tanto una infracción a la propiedad industrial, como al derecho de autor.

Para entender de mejor forma los actos que se sancionan efectuamos un análisis de los elementos objetivos de la tipicidad, y así encontramos que el núcleo uno es la fabricación o comercialización de una marca ya sea idéntica a una marca registrada, o que sea de tales características que imposibilite distinguirla de la marca original; y el núcleo dos la producción, reproducción o comercialización a escala comercial de mercancía pirata; el sujeto activo puede ser cualquier persona, pues no señala ninguna condición en particular; el sujeto pasivo es el titular de los derechos de la marca o de la obra; el objeto material en el primer supuesto es una marca registrada o notoria, y en el segundo supuesto es una obra registrada o no; y contiene un elemento normativo o presupuesto de carácter jurídico al referirse que la marca que se fabrique o comercialice debe ser idéntica a la válidamente registrada al igual que la obra de la cual se obtenga copia, por lo que para poder establecer la existencia de la infracción es imperativo la utilización del catálogo de marcas y de obras registradas.

La pena se establece en relación al precio de la mercadería incautada, y consiste en una multa que va desde los cincuenta y cinco hasta los doscientos noventa y cinco salarios básicos unificados del trabajador en general. En el caso de que el infractor sea una persona jurídica a más de la multa será sancionado con su extinción. Exceptuándose de este acto penal los bienes o productos sin fin

comercial y la imitación de mercancías que tengan una marca propia que no sea confundible con la marca original.

A más de este delito hay dos actos o conductas que, aunque no han sido catalogados propiamente como delitos de propiedad intelectual tendrían relación con la vulneración de los bienes protegidos por la propiedad intelectual; y así tenemos al delito descrito en el art. 190 que se refiere a la apropiación o transferencia de bienes ajenos a través de la utilización fraudulenta de un sistema informático, redes eléctricas y de telecomunicaciones. Y el art. 234 que sanciona a quien acceda sin consentimiento a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones con el fin de modificar un portal *web*, redireccionar tráfico u ofrecer a terceros los servicios que estos sistemas proporcionan, causando un perjuicio al proveedor legítimo. En estos dos tipos penales la sanción será una pena privativa de libertad, de una a tres años en el primer caso y de tres a cinco años en el segundo. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Como podemos apreciar estos delitos tienen penas mayores al delito específico contra la propiedad intelectual que sólo es sancionado con una retribución económica como es la multa, mientras estos delitos son sancionados con pena privativa de la libertad, lo cual sería entendible por el alcance del daño causado al utilizar medios electrónicos en el cometimiento de los ilícitos, que como lo manifesté también atacan a bienes protegidos por los derechos de autor y derechos conexos, como puede ser al violentar los derechos de los autores, productores de series que se transmiten de forma ilegal a través de los portales *web*, o redes sociales no autorizadas.

Aún, tomando estos artículos como parte de los delitos contra la propiedad intelectual, podemos apreciar que existen muchos actos que no han sido considerados por el legislador y que dejan en indefensión a quienes sufren una afectación a sus derechos morales o patrimoniales fruto de una obra, de derechos conexos, o de prestaciones, o incluso por temas de propiedad industrial o por obtenciones vegetales. Más cuando en otras legislaciones el catálogo de delitos es más extenso y se observa un mayor control frente a estos injustos, lo cual lo podemos evidenciar al hacer referencia comparativa a la legislación penal española en la cual se han catalogado los delitos relativos a la propiedad intelectual y propiedad industrial dentro de los delitos contra el Orden Socio Económico, haciendo una primera diferenciación al tratar a las infracciones intelectuales por separado de las infracciones a la propiedad industrial.

Así tenemos el art. 270 del Código Penal Español que enlista varias conductas que van desde la reproducción, plagio, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación económica total o parcial de una obra o prestación (numeral 1); el acceso en internet a obras o prestaciones, ofreciendo los enlaces de acceso a las mismas por medio de listados ordenados y clasificados (numeral 2); y la exportación o el almacenamiento intencional de obras, producciones o ejecuciones, obtención de copias digitales sin autorización de obras destinadas a la reproducción, distribución o comunicación pública (numeral 5, a); adicional se señala que se sanciona la importación sin autorización de estos productos, aunque su origen sea lícito en el país del cual proceden, a menos que hubieran sido adquiridos directamente o con consentimiento del titular de los derechos dentro de un Estado de la Unión Europea, esta excepción se presenta con relación al principio de libre circulación de personas, bienes y capitales que rige a los miembros de la Unión Europea y que da prioridad al Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional (Muñoz Conde, 2015).

En el indicado artículo también se establece como delito la eliminación o modificación de las medidas tecnológicas que impedian o restringían el uso no adecuado de obras, producciones, ejecuciones, etc. (numeral 5, c); se sanciona la elusión de medidas tecnológicas efectuada con el fin de que terceros tengan acceso a un ejemplar de una obra literaria, científica o artística, claro todo esto persiguiendo un beneficio económico a favor de quien realiza los actos de elusión (numeral 5,d); de igual forma en el numeral 6 se establece la sanción para quien fabrique, importe o ponga en el comercio cualquier medio que facilite la supresión no autorizada o la neutralización de dispositivos técnicos que sirvan para proteger programas de ordenador, obras, interpretaciones o ejecuciones. (Ley Orgánica 10, 1995).

En estos casos se considera como agravante la trascendencia económica del beneficio que se obtenga, así como los perjuicios económicos que se ocasionen con la producción o distribución de objetos ilícitos, o la comercialización, comunicación o interpretación de obras. Respecto a quien interviene en el delito se ha establecido como agravante la utilización de menores de 18 años y el actuar en grupo como parte de una organización cuyo fin sea atacar a los derechos reconocidos por la propiedad intelectual.

En cuanto a las sanciones, si comparamos con la de nuestro país, las penas establecidas en el Código Penal Español son más graves, y dependiendo de los delitos cometidos se sanciona con prisión que va desde los dos meses hasta los seis años, multas de uno a treinta y seis meses, inhabilitación del ejercicio profesional de dos a cinco años, trabajo comunitario de treinta y uno a sesenta días, y la adopción de medidas como el retiro de obras y el bloqueo de accesos. A lo cual se debe sumar la indemnización de daños y perjuicios por el ilícito cometido y la publicación de la sentencia condenatoria a costas del infractor.

Hay que tener presente como dice Muñoz Conde «El Código Penal es en esta materia, como en tantas otras de parecida índole, un mecanismo protector de la propiedad intelectual puramente subsidiario» (2015, pp. 422) ya que las normas que recogen todos los derechos y garantías del autor y del titular con respecto a sus creaciones y obras, son las leyes de propiedad intelectual.

Conclusiones

De lo anotado se puede concluir que:

Nuestro Código Ingenios fue pensado en un sistema de democratización del conocimiento y estaba dirigido hacia el conocimiento libre, lo que nos puede dar una idea de porque no se establecieron tipos penales en su redacción, de tal forma que sólo se consideró un delito de propiedad intelectual. Lo cual también tiene relación con nuestro sistema penal en donde plantea como principio máximo el de mínima intervención penal.

En nuestra legislación no existe el delito de plagio en materia de propiedad intelectual, este delito existe en varias legislaciones como por ejemplo la española, que la hemos señalado. No obstante, es común conocer de casos que alteran el orden público, en los cuales se denuncian hechos que podrían enmarcarse en la figura de plagio, pero que al no estar tipificado no pueden ser sancionados.

Dado el avance tecnológico y la amplia distribución de contenidos a través de plataformas digitales se hace imperativo la adecuación de la norma penal a la realidad de la vulneración de los derechos de los creadores de las obras y de los titulares de derechos, pues aquí también se está generando una grave afectación a sus derechos al dejarlos en indefensión.

Hay que tener presente que el respeto a los derechos morales y patrimoniales de propiedad intelectual parte de un criterio ético del actuar de las personas, quienes en su esfera muy íntima saben que el compartir contenidos que no les pertenecen, apropiarse de contenidos de otros, difundir creaciones de otros como propias, son actos reñidos con la moral y que infringen los derechos de los creadores o poseedores de esos derechos, y que por lo tanto están haciendo mal uso de la propiedad de un tercero, tal cual como si dispusieran de un bien mueble o inmueble que no les pertenece.

Conflicto de intereses: La autora declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio: el autor no realizó estudios en animales o humanos. **Contribución de cada autor:** P.P.M. confirma que ha conceptualizado, desarrollado las ideas y escrito el trabajo como único autor y ha leído y aprobado el manuscrito final para su publicación. Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) eppacheco@utpl.edu.ec.

Referencias

- Antequera, Ricardo (2003) Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos. Caracas. OMPI. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi_pi_sti_03/ompi_pi_sti_03_2.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito. Registro Oficial, suplemento No. 180.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Quito. Registro Oficial, suplemento No. 899.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2008) Constitución de la República del Ecuador. Montecristi. Registro Oficial No. 449.
- Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1993). Decisión 351. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Lima. CAN
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, No. 281 [consulta: 10 de mayo de 2021]. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&tipo=C&modo=2
- Muñoz Conde, Francisco. (2015). Derecho penal. Parte especial (3 ed.). Valencia. Tirant lo Blanch.
- Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación. (2020). Reglamento de Gestión de los Conocimientos. Quito. Registro Oficial, edición especial No. 1412.
- Unión de Berna. (1886). Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. OMPI.

Información sobre el autor/a/es

► **Patricia Pacheco Montoya** es Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja. Miembro del Grupo de Investigación de Estudios de Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Humanos del Departamento de Ciencias Jurídicas de la UTPL; Integrante de la Cátedra UNESCO de Ética y Sociedad en la Educación Superior UTPL. Realiza estudios sobre propiedad intelectual y derecho público. **Contacto:** Universidad Técnica Particular de Loja, Loja - Ecuador, (✉) eppacheco@utpl.edu.ec. — **iD** <https://orcid.org/0000-0002-6606-8855>.

Como citar este artículo

Pacheco-Montoya, Patricia (2021). «La Propiedad Intelectual sin legislación penal». *Analysis* 31, no. 3: pp. 1-11.