

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

Revista Penal

Diciembre 2018

Penal



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)

Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la propiedad intelectual tiene una **enorme importancia económica**. Según las estimaciones¹, la piratería de productos y marcas representa alrededor del 10% del comercio mundial, lo que supone una pérdida económica anual de 30.000 millones de euros sólo en Alemania y la pérdida anual de 50.000 puestos de trabajo.

La protección de la propiedad intelectual en el derecho alemán no está garantizada por el Código Civil Alemán² (BGB), sino por leyes especiales. Tradicionalmente, se hace una distinción entre derechos de autor y derechos de propiedad industrial. Con la Ley de Derecho de Autor³ (UrhG) y la Ley de Derechos de Autor de Obra Artística⁴ (KunstUrhG), el **derecho de autor** protege las creaciones intelectuales personales en la literatura, la ciencia y el arte. Se constituye a través del acto de la creación. Los **derechos de propiedad industrial**, por otra parte, sólo surgen a través del registro. Las particularidades estéticas están protegidas por la Ley de Diseño⁵ (DesignG). Las características técnicas están garantizadas por la Ley de Modelos de Utilidad⁶ (GebrMG), la Ley de Protección de Semiconductores⁷ (HISchG), la Ley de Patentes⁸ (PatG) y la Ley de Protección de Obtenciones Vegetales⁹ (SortSchG), mientras que la Ley de Marcas¹⁰ (MarkenG) protege las características no técnicas. La ley contra la competencia desleal¹¹ (UWG) también forma parte de la protección de la propiedad industrial en la medida en que protege las actividades industriales. Las normas se basan en parte en las disposiciones del derecho internacional (por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con

el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994) y del derecho europeo (Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; Convenio sobre la Patente Europea de 5 de octubre de 1973)¹².

II. PANORAMA GENERAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

Mientras que el derecho penal alemán protege la propiedad de los bienes mediante las disposiciones penales relativas al hurto (parágrafos 242 y ss. del Código Penal (StGB)) y, por lo tanto, mediante el derecho penal básico, la protección de la propiedad intelectual sólo está garantizada por el **derecho penal secundario**. Los delitos de **derecho de autor** están tipificados en los parágrafos 106 a 108b UrhG y 33 KunstUrhG, los delitos de **propiedad industrial** en los parágrafos 51, 65 DesignG, 25 GebrMG, 142 PatG, 143 a 144 MarkenG, 10 HalblSchG y 39 SortSchG. En caso de violación de los **secretos industriales y comerciales**, se aplicarán los artículos 17 a 19 UWG, que serán sustituidos en 2019 por el parágrafo 23 de la Ley de Secretos Comerciales¹³ (GeschGehG).

Además, las disposiciones penales del **derecho penal informático y de Internet**¹⁴ también son de gran importancia para la protección de la propiedad intelectual, ya que los ataques contra la propiedad intelectual se llevan a cabo muy a menudo a través de los ordenadores y de Internet. A este respecto, son pertinentes tanto las disposiciones penales que protegen los datos y los sistemas (parágrafos 202a, 202b, 202c, 303a, 303b StGB) como los delitos informáticos (parágrafos 263a, 265a, 268, 269, 274 StGB)¹⁵.

III. ESTADÍSTICAS OFICIALES

Sin embargo, las estadísticas oficiales sobre la delincuencia no reflejan la importancia excepcional de la legislación penal para la protección de la propiedad intelectual.

Las Estadísticas criminales de la policía para el año 2017 resumen todos los delitos según la DesignG, GebrMG, HalblSchG, KunsturhG, MarkenG, PatentG, UrhG y según parágrafo 17 UWG bajo el término “Delitos en relación con las normas de derechos de autor”¹⁶. Según esto, sólo se registraron 8.085 delitos en 2017, con una tasa de aclaración muy alta del 80 %¹⁷. En este contexto, el 45,2% de las infracciones se cometieron a través de Internet¹⁸. De los 6.443 sospechosos, el 74,9% eran hombres y el 79,4% adultos de 21 años o más¹⁹. La pérdida total registrada fue insignificante, de 19,1 millones de euros, y en el 73,5 % de los casos sólo se registró una pérdida inferior a 15 euros²⁰. Esto se debe a que el daño se registra por valor de 1 euro, si éste no es cuantificable. ¡Si las estimaciones de daño arriba mencionadas fueran correctas, la **cifra oscura** sería más de 1500 veces más grande! De todas formas, el bajo número de casos refleja el hecho de que la mayoría de ellos, si se detectan en absoluto, se resuelven sin la intervención de las autoridades policiales.

Las Estadísticas de enjuiciamiento para 2016 muestran sólo unas pocas condenas. Según las leyes especiales, sólo 433 personas fueron condenadas (MarkenG: 209; UrhG: 95; KunstUrhG: 84; UWG: 39; PatG: 1; DesignG: 5; GebrMG: 0; HlSchG: 0)²¹. Habida cuenta de que en 2016 se condenó a un total de 737.873 personas por delitos penales²², la importancia de estas disposiciones en la práctica es extremadamente baja.

IV. DISPOSICIONES EN MATERIA PENAL

A continuación, se exponen las disposiciones penales sobre propiedad intelectual con el fin de aclarar las **líneas básicas** y señalar las **similitudes**.

1. Campos de aplicación

Las disposiciones penales de la **Ley de derechos de autor** se encuentran en los **parágrafos 106 y siguientes UrhG**. El uso del derecho penal es necesario como último recurso para luchar eficazmente contra la infracción de los derechos de autor en el sector empresarial. Sin embargo, desde el punto de vista de la política jurídica, es muy controvertido si el derecho penal también debería utilizarse contra las infracciones de los derechos de autor en el sector privado²³. Las obras literarias, científicas y artísticas (parágrafo 1 UrhG) están protegidas en la medida en que son creaciones intelectuales personales (parágrafo 2 II UrhG). Se incluyen en particular las obras escritas, discursos y programas de ordenador, las obras musicales, las obras pantomímicas, las obras de bellas artes, las obras fotográficas, las obras

cinematográficas, las representaciones de carácter científico o técnico como dibujos, planos, mapas, bocetos, tablas y representaciones plásticas (parágrafo 2 I UrhG). El parágrafo 106 UrhG sanciona la explotación no autorizada (reproducción, distribución o exposición al público) de las obras, mientras que el parágrafo 107 UrhG regula la colocación no autorizada del nombre de un autor. El parágrafo 108 UrhG castiga la intervención no autorizada en los derechos de propiedad relacionados, es decir, la explotación no autorizada de ediciones científicas, obras dejadas atrás, fotografías, actuaciones de artistas intérpretes o ejecutantes, emisiones de radio, soportes de imagen y sonido y bases de datos. El parágrafo 108b UrhG cubre adicionalmente las intervenciones no autorizadas en medidas técnicas de protección y en la información necesaria para el ejercicio de los derechos. Cabe señalar que el parágrafo 53 UrhG permite la reproducción de una obra para uso privado, siempre que no sea ni directa ni indirectamente con fines de lucro y que no se utilice para la reproducción una plantilla evidentemente producida ilegalmente o accesible al público. Además, el **parágrafo 33 KunstUrhG** cubre la distribución no autorizada o la exposición pública de fotografías.

La **Ley de Dibujos y Modelos** protege el dibujo o modelo, es decir, la apariencia bidimensional o tridimensional de un producto, que se deriva en particular de las líneas, contornos, colores, forma, estructura de la superficie o materiales del propio producto o de su decoración (parágrafo 1 I No. 1 DesignG). **Parágrafo 51 DesignG** castiga el uso no autorizado (fabricación, oferta, comercialización, importación, exportación, utilización) de un dibujo o modelo registrado. En cambio, el **parágrafo 65 DesignG** contempla los casos en que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 19 I del Reglamento (CE) n° 6/2002, se utiliza un dibujo o modelo comunitario sin autorización.

Las invenciones nuevas, basadas en una actividad inventiva y de aplicación industrial, están protegidas por la **Ley de Modelos de Utilidad** (parágrafo 1 I GebrMG). El **parágrafo 25 GebrMG** no sólo castiga a la persona que, sin el consentimiento del titular, fabrica, ofrece, comercializa, utiliza, importa o posee un producto objeto del modelo de utilidad, sino también a la persona que ejerce el derecho conferido por una patente sin el permiso del titular.

La **Ley de Protección de Semiconductores** protege las estructuras tridimensionales de los productos semiconductores microelectrónicos (topografías) en la medida en que presenten “peculiaridades” (parágrafo 1 I HalblSchG). Una topografía muestra peculiaridad

si se produce como resultado de un trabajo intelectual no sólo por la mera reproducción de otra topografía y si no es común (parágrafo 1 II HalblSchG). El **parágrafo 10 HalblSchG** castiga a todo aquel que reproduzca la topografía o que ofrezca, comercialice, distribuya o importe la topografía o el producto semiconductor que contiene la topografía sin el consentimiento del titular.

La **Ley de Marcas** protege las marcas, las denominaciones comerciales y las denominaciones de origen (parágrafo 1 MarkenG). Las marcas son signos, diseños tridimensionales y otras formas de presentación, incluyendo colores y combinaciones de colores, que son capaces de distinguir productos o servicios de los de otras empresas (parágrafo 3 MarkenG). La protección se constituye por el registro como marca en el registro de la Oficina de Patentes, por el uso de un signo en el tráfico económico, siempre que haya adquirido prestigio, o por la notoria reputación de una marca (parágrafo 4 MarkenG). Las denominaciones comerciales son nombres de empresas y títulos de trabajo (parágrafo 5 MarkenG), mientras que las indicaciones de procedencia geográfica son los nombres de lugares, regiones, zonas o países, así como otras indicaciones o signos utilizados para identificar el origen de productos o servicios (parágrafo 129 MarkenG). El **parágrafo 143 MarkenG** sanciona la infracción de los signos, el **parágrafo 143a MarkenG** sanciona la infracción de la marca comunitaria con arreglo al artículo 9 I, frase 2, del Reglamento (CE) no 207/2009 y el **parágrafo 144 MarkenG** sanciona el uso no autorizado de denominaciones de origen.

La **Ley de Patentes** protege las patentes concedidas para invenciones en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, impliquen una actividad inventiva y sean comercialmente aplicables (parágrafo 1 PatG). El **parágrafo 142 PatG** no sólo castiga a quien que, sin el consentimiento del titular de la patente, pone en circulación, utiliza o importa o posee para uno de los fines mencionados un producto objeto de la patente, fabrica u ofrece a la venta, sino también a la persona que aplica un procedimiento objeto de la patente o que ofrece para su aplicación dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Patentes.

La **Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales** protege las variedades vegetales registradas, siempre que sean distinguibles, homogéneas, estables, nuevas y designadas por una denominación de variedad registrada (parágrafo 1 I SortSchG). El **parágrafo 39 SortSchG** castiga a todo aquel que produzca ilegalmente, procese con fines de reproducción o de multiplicación, comercialice, importe, exporte o almacene material de

reproducción o de multiplicación de una variedad protegida, de una planta, de una parte de una planta o de un producto.

El **parágrafo 17 UWG** protege contra la violación del secreto empresarial y comercial por parte de los empleados de las empresas, el **parágrafo 18 UWG** contra la utilización de documentos o reglamentos técnicos y el **parágrafo 19 UWG** contra la incitación y el ofrecimiento a faltar a la lealtad.

2. Penalización de la tentativa

La **tentativa** es punible en todas partes (parágrafos 51 III, 65 II DesignG, 25 III GebrMG, 10 III HalblSchG, 143 III, 143a II, 144 III MarkenG, 142 III PatG, 39 III SortSchG, 106 II, 107 II, 107 I, 108 II, 108a II UrhG, 17 III, 18 II, 19 I UWG; excepciones: parágrafos 33 KunstUrhG y 108b UrhG). Si bien la tentativa de hurto siempre ha sido un delito punible (parágrafo 242 II StGB), la tentativa de infracción de la propiedad intelectual no se tipificó como delito sino hasta el 1º de julio de 1990²⁴. El legislador ha querido permitir que las autoridades fiscales intervengan antes y, por tanto, de forma más eficaz, reforzando la legislación²⁵. Anteriormente, en los casos de detección de talleres de falsificación, a menudo no se establecía la responsabilidad porque las partes individuales de un producto sólo se unían poco antes de su venta o distribución para formar un producto infractor o porque no se podían encontrar productos piratas acabados.

3. Marco punitivo

En las disposiciones penales para la protección de la propiedad intelectual, el alcance de las penas suele ser de hasta tres años de prisión o una multa (parágrafos 51 I, 65 I DesignG, 25 I GebrMG, 10 I HalblSchG, 143 I, 143a I MarkenG, 142 I PatG, 39 I SortSchG, 106 I, 107 I, 108 I UrhG, 17 I, II UWG; excepciones: parágrafos 144 I, II MarkenG, 18 I, 19 I, II UWG: hasta dos años; parágrafos 33 KunstUrhG y 108b UrhG: hasta un año). Con ello no se alcanza el nivel de las penas previstas para la protección de los bienes, ya que el delito básico de hurto (parágrafo 242 StGB) se castiga con una pena de prisión de hasta cinco años o una multa. Por lo tanto, el legislador castiga la infracción de la propiedad intelectual de forma relativamente leve. Para ello puede ser decisivo el hecho de que a menudo se cometan muchos delitos de manera muy sencilla y de que los perpetradores sean poco conscientes de la injusticia. Sin embargo, a más largo plazo, el marco sancionador debería alinearse con el nivel de hurto para tener en cuenta la importancia de la propiedad intelectual.

Las calificaciones están disponibles principalmente para casos de **actividad comercial**. Las disposiciones prevén principalmente una pena de prisión de hasta cinco años o una multa (parágrafos 51 II, 65 II DesignG, 25 II GebrMG, 10 II HalblSchG, 143 II, 143a II MarkenG, 142 II PatG, 39 II SortSchG, 108a I UrhG (para 106 a 108 UrhG), 17 IV UWG (en casos especialmente graves); excepciones: parágrafo 108b UrhG (tres años) y parágrafos 33 KunstUrhG, 144 UrhG, 18, 19 UWG (sin calificación)). Por otra parte, la actuación como miembro de una **banda** sólo está contemplada hasta ahora en los parágrafos 143 II y 143a II MarkenG como cualificación desde la modificación de la ley del 17 de octubre de 2013²⁶. La razón de este agravante fue que la piratería y la falsificación se llevan a cabo principalmente mediante la conjunción de individuos o asociaciones²⁷. Sin embargo, esto también se aplica a otras infracciones de la propiedad intelectual, de modo que el legislador debería registrar uniformemente la comisión de pandillas como motivo de una sanción más severa.

Por último, también desde el 17.10.2013 sólo los parágrafos 143 II y 143a II MarkenG prevén una **pena mínima** de tres meses de prisión. El legislador quería endurecer las sanciones impuestas, ya que los tribunales penales habían impuesto anteriormente en su mayoría pequeñas multas a pesar de las actividades comerciales²⁸. Esta consideración también puede transferirse a otras disposiciones penales. Esto también se ve respaldado por el hecho de que la comisión comercial de hurtos suele ser un caso especialmente grave (parágrafo 243 I 2 No. 3 StGB) y se castiga con una pena de prisión de tres meses a cinco años. Si el hurto se comete como miembro de una pandilla, la pena de prisión oscila entre seis meses y diez años (parágrafo 244 I No. 2 StGB). Además, en el caso del hurto comercial y, al mismo tiempo, de una banda, se trata de un delito grave (parágrafo 244a StGB), que se castiga con una pena de prisión de uno a diez años y, por lo tanto, es un delito.

V. REGLAMENTO PROCESAL PENAL

1. Tribunales y autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

Para los delitos en el ámbito de la propiedad intelectual, las **salas penales económicas** de los tribunales regionales suelen ser responsables de los procedimientos en primera instancia de conformidad con el parágrafo 74c I No. 1 de la Ley de la Judicatura (GVG). Aunque, en principio, los **tribunales locales** también son competentes para estos delitos, la competencia también le asigna a los tribunales regionales si el caso tiene un alcance

o significado particular del caso (parágrafo 24 I No. 3 GVG), lo que se confirma con frecuencia en la práctica.

Por lo que respecta a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, las principales fiscalías suelen estar especializadas en causas penales de carácter económico, así como **departamentos especializados de policía criminal**, donde trabajan investigadores experimentados. Algunos departamentos más grandes han creado unidades especializadas para la protección de los delitos contra la propiedad intelectual²⁹.

2. Demanda penal

En el caso de **delitos fundamentales**, el enjuiciamiento sólo se lleva a cabo, por lo general, previa **solicitud** o si el ministerio público considera necesaria la intervención de oficio debido al **especial interés público** en el enjuiciamiento (parágrafo 51 IV, 65 II DesignG, 25 IV GebrMG, 10 IV HalblSchG, 143 IV, 143a II MarkenG, 142 IV PatG, 39 IV SortSchG, 109 UrhG (para 106 a 108 y 108b UrhG), 17 V (incluso en el caso de los casos de especial gravedad), 18 III y 19 IV UWG; excepciones: parágrafo 144 MarkenG (sin necesidad de solicitud) parágrafo 33 KunstUrhG (sólo a petición). La parte agravada (parágrafo 77 I StGB), es decir, la persona con derecho a explotación, debe presentar la denuncia penal en un plazo de tres meses a partir del momento en que tenga conocimiento del delito y de la persona del delincuente (parágrafo 77b I, II StGB). De acuerdo con No. 261a de las directrices para procedimientos penales y procedimientos de multas (RiStBV)³⁰, se presumirá que existe un interés público especial en el enjuiciamiento, en particular si el autor tiene antecedentes penales pertinentes, amenaza o ha causado un daño sustancial, el acto amenaza la existencia económica de la parte perjudicada o pone en peligro la seguridad pública o la salud de los consumidores. Si existe la sospecha de una **calificación**, siempre se persigue **de oficio**.

3. Acción privada

Según el parágrafo 374 I No. 8 del Código de Procedimiento Penal (StPO), la mayoría de los delitos de protección de la propiedad intelectual pueden ser **perseguidos independientemente** por la parte perjudicada ante los tribunales penales, es decir, sin la cooperación del ministerio público (parágrafos 51 I, 65 I DesignG, 25 I GebrMG, 10 I HalblSchG; 33 KunstUrhG, 143 I, 143a, 143a, 144 I, 144 I y II MarkenG; 142 I PatG, 39 I SortSchG, 106 a 108, 108b I, II UrhG). Lo mismo se aplica según el parágrafo 374 I No. 7 StPO para los parágrafos 17 a 19 UWG. En la práctica, la parte per-

judicada puede presentar una denuncia penal o iniciar inmediatamente una acción privada (parágrafo 374 II StPO). Si la parte agraviada presenta una **denuncia penal**, el fiscal sólo interpone una acción pública si ello redundaría en el interés público (parágrafo 376 StPO). Los requisitos para ello son bajos. De conformidad con No. 260a RiStBV, el **interés público** en el enjuiciamiento penal debe afirmarse en general si no se trata únicamente de una infracción leve de un derecho de propiedad industrial, por lo que deben tenerse en cuenta, en particular, el alcance de la infracción del derecho de propiedad industrial, el daño económico que se haya producido o sea inminente y el enriquecimiento buscado por el autor del delito. Si el fiscal, no obstante, niega el interés público, interrumpe el procedimiento de conformidad con el parágrafo 170 II StPO y remite a la parte perjudicada a la acción privada (No. 87 I RiStBV). Sólo se omite la remisión inmediata si la persona lesionada no puede resolver el delito o sólo puede resolverlo con gran dificultad, ya que el fiscal debe llevar a cabo las investigaciones necesarias antes de remitir a la persona lesionada a la acción privada. En la **práctica**, las demandas privadas son ahora muy poco frecuentes, ya que la experiencia ha demostrado que las posibilidades de éxito de los demandantes son escasas. En Alemania, por ejemplo, en 2017 sólo se iniciaron 347 acciones privadas ante los tribunales locales en relación con todas las demandas privadas y sólo se iniciaron 95 procedimientos principales³¹.

4. Acción subsidiaria

De conformidad con el parágrafo 395 I No. 6 StPO, toda persona que haya sido víctima de una infracción penal para la protección de la propiedad intelectual puede participar en la acción pública iniciada con la **acción subsidiaria** (parágrafos 51, 65 DesignG, 25 GebrMG, 10 HalblSchG, 33 KunstUrhG, 143 a 144 MarkenG, 142 PatG, 39 SortSchG, 106 a 108b UrhG, 17 a 19 UWG). El **demandante conjunto** tiene importantes derechos procesales, como la presencia constante en la audiencia de juicio, la facultad de rechazar a jueces y peritos, el derecho a interrogar a los testigos y al acusado, el derecho a objetar órdenes y preguntas, el derecho a solicitar pruebas y el derecho a hacer declaraciones (parágrafo 397 I StPO).

5. Confiscación

Si el autor o partícipe “por” un delito penal o “para” ello “algo” ha logrado, el tribunal debe ordenar la **confiscación del producto del delito** (parágrafo 73 y ss.

StGB) desde el 1.7.2017 sobre la base de la ley de reforma de la confiscación de bienes de origen delictivo de 13.4.2017³². Quedan derogadas las antiguas disposiciones sobre caducidad (parágrafo 73 y ss. StGB versión antigua). Además, desde la reforma, se ha prescrito la **confiscación ampliada** para todos los actos ilícitos (parágrafo 73a StGB). Así pues, el decomiso de un bien hallado por accidente debe ordenarse aun cuando no pueda establecerse su origen en el delito penal, sino que se haya obtenido mediante “otros actos ilícitos”. Sin embargo, el requisito previo es siempre que el juez, sobre la base de una recopilación y evaluación exhaustiva de las pruebas, haya obtenido la convicción sin reservas de que el autor o participante ha obtenido el componente patrimonial de otros actos ilícitos³³.

Además, los delitos de protección de la propiedad intelectual pueden incluir tanto el decomiso de objetos que hayan sido producidos por un acto intencional (**productos del acto**) o que hayan sido utilizados o destinados a su comisión o preparación (**instrumentos**) (parágrafo 74 I StGB), como el decomiso de los objetos con los que se relaciona un delito (**objetos del acto**). Esto se aplica debido a la referencia al parágrafo 74a StGB, independientemente de que los objetos pertenezcan al autor o al participante (parágrafo 74 III StGB) o a terceros (parágrafo 51 V, 65 II DesignG, 25 V GebrMG, 10 V HalblSchG, 143 V, 143a II MarkenG, 142 V PatG, 39 V SortSchG; 110 UrhG; excepciones: parágrafos 33 KunstUrhG, 17 a 19 UWG (sin referencia al parágrafo 74a StGB)). Esto significa que el decomiso completo es posible incluso si no se puede aclarar la asignación de la propiedad.

Las autoridades encargadas del enjuiciamiento penal no tienen que esperar a que se dicte una sentencia condenatoria, ya que ya existe la posibilidad de una **incautación provisional** cuando se justifica la presunción de que se dan las condiciones previas para la confiscación o desactivación de un objeto (parágrafo 111b I 1 StPO). Si hay razones urgentes para esta suposición, debería incluso ordenarse la confiscación (parágrafo 111b I 2 StPO).

6. Proceso de adhesión

En el marco de los procedimientos penales, en los denominados procedimientos de adhesión (parágrafo 403 y siguientes StPO) es posible presentar **reclamaciones** en virtud del **derecho de propiedad** derivadas de un delito directamente en los procedimientos penales, en lugar de en los procedimientos judiciales civiles propios. Esto permite a la parte perjudicada obtener sus derechos más rápidamente y a menor costo. Sin embar-

go, el procedimiento de adhesión sólo se inicia a petición de la parte perjudicada (parágrafo 403 StPO). En la práctica, a pesar de varias reformas, el procedimiento de adhesión no ha cobrado importancia, ya que los tribunales penales no están acostumbrados a decidir sobre las demandas civiles y los abogados evitan el procedimiento de adhesión³⁴.

7. Anuncio público de la condena

También es posible **hacer pública** una condena penal (parágrafo 51 VI, 65 II DesignG, 25 VI GebrMG, § 10 VI HalblSchG, 143 VI, 143a II, 144 V MarkenG, 142 VI PatG, 39 VI SortSchG, 111 UrhG; excepciones: KunstUrhG, UWG). Esta es una **penalización adicional**³⁵. La condición previa es una solicitud de la parte perjudicada y la existencia de un interés legítimo. Al evaluar el interés legítimo, el tribunal debe sopesar el interés de la parte perjudicada en la publicación frente al interés de la parte perjudicada en no ser difamada innecesariamente en las transacciones comerciales³⁶. El **tipo de publicación** se determinará en la sentencia, en la que el tribunal decidirá el tipo y el alcance de la publicación (por ejemplo, prensa diaria, Internet). De conformidad con el No. 261b RiStBV, el fiscal debe asegurarse de que el **nombre** de la parte perjudicada se incluya en la fórmula de la sentencia. La parte perjudicada recibe la orden de notificación pública (parágrafo 463c I StPO). Sin embargo, sólo será ejecutado por las autoridades de ejecución si la parte perjudicada lo exige en el plazo de un mes a partir de la notificación de la decisión final (parágrafo 463c II StPO).

VI. CONCLUSIONES

Los aspectos individuales de la propiedad intelectual están ampliamente protegidos por el derecho penal alemán. Sin embargo, el nivel de protección es algo inferior al nivel de protección de los bienes, ya que el nivel de las sanciones es inferior, los casos especialmente graves o cualificaciones sólo están presentes en determinados ámbitos, las actuaciones judiciales sólo se llevan a cabo regularmente a petición de la parte perjudicada y los delitos también constituyen delitos privados. En la práctica, la protección penal es subsidiaria, ya que la protección civil tiene prioridad.

Notas

1 Schwab, en Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4ª edición 2015, 5/11 marginal 7.

2 Código Civil en la versión publicada el 2.2.2002, BGBl. I p. 42, 2909; 2003 I p. 738.

3 Ley de Derecho de Autor de 9.9.1965, BGBl. I p. 1273.

4 Ley de Derecho de Autor sobre Obras de Bellas Artes y Fotografía de 9.1.1907, RGBl. 1907, p. 7, derogada por el parágrafo 141 n° 5 de la Ley de 9.9.1965 (BGBl. I p. 1273), en la medida en que no se refiere a la protección de los retratos.

5 Ley de Diseño en la versión publicada el 24.2.2014, BGBl. I p. 122.

6 Ley de Modelos de Utilidad en la versión publicada el 28.8.1986, BGBl. I p. 1455.

7 Ley de Protección de Semiconductores de 22.10.1987, BGBl. I p. 2294.

8 Ley de Patentes en la versión publicada el 16.12.1980, BGBl. I p. 1.

9 Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales en la versión publicada el 19.12.1997, BGBl. I p. 3164.

10 Ley de Marcas de 25.10.1994, BGBl. I p. 3082; 1995 I p. 156; 1996 I p. 682.

11 Ley contra la Competencia Desleal en la versión publicada el 3.3.2010, BGBl. I p. 254.

12 Para esto Wassmer, en Grützner/Pötz/Kreß (ed.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3ª ed. 2016, III C 17.1 bis 17.3.

13 Proyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, BT-Drs. 19/4724.

14 Para este Wassmer, Revista Penal 40 (2017), p. 250 y ss.

15 Petri/Schmitz, WiJ 2015, 228, 229.

16 Bundeskriminalamt (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik, Übersicht Summenschlüssel 2017, p. 4.

17 Bundeskriminalamt (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2017, 2018, Volume 1, p. 12.

18 Bundeskriminalamt (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2017, 2018, Volume 1, p. 32.

19 Bundeskriminalamt (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2017, 2018, Volume 4, p. 110.

20 Bundeskriminalamt (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2017, 2018, Volume 4, p. 113.

21 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung 2016, 2017, p. 53 y ss.

22 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung 2016, 2017, p. 25.

23 Para este Albach, Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet, 2015.

24 Ley para reforzar la protección de la propiedad intelectual y combatir la piratería de productos (PrPG) de 7 de marzo de 1990, BGBl. I p. 422.

25 BT-Drs. 11/4792 p. 24.

26 Ley de Modernización de la Ley de Dibujos y Modelos y de Modificación del Reglamento de Convocatorias de Protección de Exposiciones de 10.10.2013, BGBl. I p. 3799.

27 BT-Drs. 17/14220 P. 2.

28 BT-Drs. 17/14220 P. 2.

29 Petri/Schmitz WiJ 2015, 228, 234.

30 RiStBV de 1.1.1977 (BAnz. S. 245), última modificación mediante notificación de 15.8.2016 (BAnz AT 24.08.2016 B1).

31 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung 2016, 2017, 2018, p. 24, 36.

32 BGBl. 2017 I p. 872.

33 Véase al parágrafo 73d StGB versión antigua BVerfG NJW 2004, 2073, 2077 y ss.

34 *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9ª edición 2018, § 39 marginal 30.

35 RGSt 73, 24, 27; BGHSt 10, 306, 310.

36 *Maske-Reiche*, en: Münchner Kommentar zum StGB, Vol. 7, 2ª edición 2015, parágrafo 143 MarkenG marginal 98.

Argentina

Luis Fernando Niño

*Universidad de Buenos Aires*¹

I. A la fecha de redacción de este informe, el principal instrumento legal referido al tópico que hoy nos ocupa continúa siendo la ley 11723², norma que hemos criticado en diversas oportunidades, a cuyos defectos en materia de técnica legislativa se suma el progresivo desajuste que impone su vetustez, dramáticamente expuesta frente a la dinámica realidad que intenta regular.

Cierto es que, en aras a paliar este último factor, la actividad parlamentaria aportó en su momento nuevos cánones, tales como la ley 25036³, que agregó en el crucial artículo primero de aquella, referido al heterogéneo universo que ella regula, los programas de computación, fuente y objeto, e insertó disposiciones alusivas a tales bienes en distintos pasajes del arcaico texto, aproximando la normativa vigente a la pujante revolución tecnológica de las últimas décadas⁴. Mas subsiste el serio reparo debido a la expresión preceptiva escogida para diseñar, tan luego, el tipo legal que encabeza el conjunto de disposiciones específicamente penales, y a la paralela impropiedad de continuar adicionando artículos que actualicen el campo de la materia justiciable, como ha sucedido con la ley 23741, a la que más adelante nos referiremos.

Tal como lo han destacado diversos autores⁵, el legislador de 1933 ensayó una suerte de curiosa trasposición del tratamiento otorgado por el codificador de 1921 a los delitos de estafa y defraudación, previstos en los artículos 172 y 173 del ordenamiento penal aún vigente, opción que no sólo se evidencia por su expresa remisión, en punto a la pena, al primero de dichos preceptos, sino también por el relativo paralelismo en la redacción de los respectivos artículos. La cuestión no revestiría mayor gravedad si no fuera por la desafortunada manera de zanjar la distancia entre la figura de la estafa acuñada en el Código Penal, que cuenta con una decena de modalidades comisivas puntualmente tipificadas y con una cláusula residual acotada, en su aparente vastedad, por la entidad ardidosa de aquellas,

y la difusa —y, por ende, omnicompreensiva— fórmula impresa en el artículo 71 de la ley en cuestión, lamentable paradigma de tipo abierto que la doctrina y la jurisprudencia pugnaron por reconducir a márgenes respetuosos con el principio de legalidad⁶.

La labor hermenéutica hubo de valerse, en este caso, de la guía configurada por los “casos especiales de defraudación” previstos, con idéntica escala penal, en el artículo 72 de la misma ley⁷; y por los que añadió, medio siglo más tarde, la ya mencionada ley 23741⁸, al incorporar el artículo 72 bis al mismo cuerpo legal, aportando elementos descriptivos de mayor actualidad, con igual respuesta punitiva⁹. En un segundo plano, completan dicho elenco otras dos normas con penas sensiblemente menores¹⁰.

II. En virtud del sistema de organización republicana y federal consagrado en el artículo 1º de la Constitución Nacional de 1853, y dado que la ley nacional 22362 de marcas y patentes¹¹, modificada por ley 27444¹² atribuyó competencia, respecto de los ilícitos que en ella se contemplan, a la justicia federal en lo criminal y correccional, los crecientes casos en los que se investigan conductas que atañen simultáneamente a la protección de la propiedad intelectual y a la de propiedad industrial, son conocidos y juzgados por ese fuero de alcance nacional. En rigor, a raíz de su menor escala penal —tres meses a dos años de prisión y, eventualmente, multa— las especies delictivas relativas a marcas y patentes se consideran correctamente delitos correccionales¹³, frente a los diseñados en la ley 11723, de escala penal superior; sin perjuicio de lo cual la decisión del legislador de situarlos en la órbita de excepción impone el juzgamiento conjunto de las conductas que interesan a sendos instrumentos legales en esa misma sede jurisdiccional; y existe, al respecto, pacífica jurisprudencia.

III. El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal redactado por la Comisión presidida por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni y presentado al Poder Ejecutivo Nacional en 2014 hubo de incluir, como Capítulo VI de su Título VII, dedicado a los delitos contra el patrimonio, el de “Delitos contra los derechos intelectuales”. En un solo artículo, la Comisión plasmó concisamente el contenido de la norma prohibitiva propiciada¹⁴. Al comentarse tal disposición, se apuntó que, “(e)n relación a los tipos penales de la ley 11.723, se ha eliminado el del artículo 71º, que por medio de una fórmula demasiado vaga pretendía abarcar la totalidad de supuestos que, en los hechos, pudieran lesionar...los derechos intelectuales, pues se ha considerado suficiente la enumeración

de los medios comisivos que aquí se proponen, y que provienen del artículo 72° de la ley. Por otra parte, al requerirse el ánimo de lucro o la finalidad de perjudicar a otro, quedan suficientemente tutelados los derechos que no fueren de naturaleza pecuniaria”¹⁵.

A su turno, la más reciente iniciativa de reforma integral de la legislación penal argentina, confiada a una nueva comisión, presidida por el Dr. Mariano Borinsky y presentada públicamente durante el corriente año, sin fecha de tratamiento parlamentario al momento de redactarse este informe, reúne bajo el Título XXVII, con el epígrafe de “delitos contra la propiedad intelectual”, cuatro capítulos destinados, respectivamente, a los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos, delitos contra la propiedad sobre marcas y designaciones, delitos contra los derechos sobre modelos y diseños industriales y delitos contra los derechos sobre patentes y modelos de utilidad¹⁶.

IV. Las limitaciones propias de una colaboración como la que aquí se suscribe impiden extenderse en la referencia a notas de doctrina o precedentes jurisprudenciales de peculiar relieve. Ello me conduce a limitar este último apartado a la cita de sendas piezas documentales que merecen tal calificativo, cuya lectura íntegra estimo provechosa por la confrontación de intereses que en ambas se revela.

En el artículo “La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización”¹⁷, su autor, Pablo Palazzi propone un replanteo de la premisa contenida en el segundo párrafo del artículo 1° de la ley 11723, aquella que traza un claro límite al intérprete del texto, al disponer: “(l)a 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”. En su tarea revisionista, analiza el derecho positivo vigente y sus fuentes doctrinales y jurisprudenciales en orden a la distinción entre obras e ideas, con especial alusión a precedentes en los que se reconoció protección a estas últimas. Ilustra, asimismo, respecto de casos ventilados en tribunales extranjeros. No obstante, ponderando ventajas e inconvenientes, concluye, en clave ecléctica, que las ideas y sus derivados no deben ampararse en el Derecho de Autor, si bien pueden hallar amparo en institutos tales como el del enriquecimiento ilícito o el derecho de los contratos¹⁸.

El restante documento es un pronunciamiento judicial de sobreseimiento, dictado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, con asiento en la ciudad de Buenos Aires, tras más de

un lustro de ardua tramitación, en favor de un escritor, Pablo Katchadjian, querellado por María Kodama, viuda y exclusiva titular de la propiedad intelectual de la totalidad de la obra del célebre escritor Jorge Luis Borges, debido a la publicación de un libro que llevaba por título “*El Aleph engordado*”. La resolución, suscrita por los jueces Ricardo Pinto y Rodolfo Pociello Argerich el 15 de Mayo de 2017, repasa las diversas vicisitudes atravesadas por el proceso en cuestión, y en ella se otorga decisiva trascendencia a un peritaje, del que se transcribieron párrafos íntegros, como el que reza: “(l)a parodia de un clásico, expresada a través de una acción material, concreta...corporal como “engordar” expresa un gesto... de vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con *Don Quijote de la Mancha*, que parodizó (sic) la literatura de caballería”. Apoyados en el resultado de la prueba pericial encomendada, los magistrados recayeron en la ausencia de dolo por parte del autor de la obra cuestionada, considerando que “no existían dudas sobre la intención literaria que guió la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la posdata final dejaban en claro el propósito del autor, resaltándose además que el procedimiento de ‘engorde’ dio como resultado un estilo que se contraponía de manera radical al de Borges”, “un procedimiento literario extremo pero legítimo, en la medida en que abiertamente toma en préstamo las palabras de un texto para producir una nueva obra literaria, técnica que supo utilizar Borges y que, incluso, tematizó en el cuento ‘Pierre Menard, autor del Quijote’”. Sin perjuicio de los virtuales mecanismos de impugnación que pudieren brindar nuevos rumbos al ya dilatado trámite, lo cierto es que en el caso se miden, en interesante porfía, los derechos de autor con intereses tan diversos como la creación —o recreación— literaria, y en el que, por añadidura, se incluye un breve repaso por el tratamiento doctrinal y jurisprudencial, a lo largo de los años, de la ley aún vigente, así como las razones que —en sentido contrario al allí adoptado— hubieron de guiar a la Cámara Federal de Casación Penal a revocar un anterior sobreseimiento del imputado en la misma causa¹⁹.

Notas

1 Para la preparación de este informe he contado con la valiosa colaboración de la Profesora Julieta Di Corleto, distinguida integrante de nuestra Cátedra de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal.

2 Publicada en el B.O. del 26/9/1933.

3 Publicada en el B.O. del 11/11/1998.

4 **“Art. 1. Modifícase el artículo 1º de la Ley 11.723, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 1º: 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”.**

5 V. por todos, CILLERUELO, Alejandro R.: “La Ley Nº 11.723: algunas consideraciones desde la dogmática y la práctica jurídica”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación, número 41/42, Buenos Aires, julio-diciembre 2006.

6 El criticable texto legal reza así: **“Art. 71. 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”.** Ni en la Parte General del Código Penal ni en el cuerpo de la propia norma examinada se incluye una definición del verbo tipo empleado; y escaso auxilio presta el recurso al lenguaje natural, que asigna al término “defraudar”, en sus dos primeras acepciones, un significado difícilmente conciliable con las acciones lesivas de derechos de propiedad intelectual: “(p) rivar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho” o “frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo” (Diccionario de la Real Academia Española, edición del Tricentenario, Actualización 2017).

7 **“Art. 72. 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”.**

8 Publicada en el B.O. del 25/10/1989.

9 **Art. 72 bis. Será reprimido con prisión de un mes a seis años: a) El 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...”.

10 **“Art. 73. Será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta ley: a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes; b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes”.**

“Art. 74. Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta Ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derecho, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita”. En ambos preceptos, la pena de multa resultó elevada en su monto por imperio de la ley 24286 (B.O. del 29/12/1993. Un sexto artículo, el 74 bis, incorporado por la —llamada— ley 21338 (B.O. 1º/7/1976), durante la última dictadura militar, resultó derogado, merced a la sanción de la ley 23077 (B.O. del 27/8/1984), tras recuperarse el sistema democrático en este país.

11 Publicada en el B.O. del 2/1/1981.

12 Publicada en el B.O. del 18/6/2018, pendiente de reglamentación.

13 **“Art. 31. Será reprimido con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de un millón (\$ 1.000.000) a ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000): a) el que falsifique o imite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada...”**

14 **“Art. 150. Violación de derechos intelectuales. 1. Será reprimido con pena de SEIS (6) meses a SEIS (6) años de prisión, pudiendo aplicarse además de TREINTA (30) a CUATROCIENTOS (400) días de multa, el que con fin de lucro o para perjudicar a otro, sin la autorización de quien dispusiere de los derechos intelectuales sobre una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte o representada a través de cualquier medio: a) La editare, reproducere comercialmente, comerciare, plagiare, distribuyere, en todo o en parte. b) Trasformare o modificare su contenido, título o autor. c) Almacenare en su caso las reproducciones ilícitas, las importare o exportare. 2. Tratándose de la representación o ejecución pública de obras teatrales, musicales o literarias, la pena será de multa de DIEZ (10) a CINCUENTA (50) días”.**

15 Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, edición definitiva, p. 226 y s.

16 Se transcriben a continuación los artículos que componen el primer capítulo, consagrado a las figuras clásicamente consideradas como constitutivas de delitos contra la propiedad intelectual. Los restantes pueden consultarse en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/legislacion46694.pdf> **“Art. 504. Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que con ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto, y**

sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos: 1º) Editare, reproducere o fijare en cualquier soporte físico o virtual, una obra, interpretación o fonograma. 2º) Ofrecere, exhibiere, pusiere en venta, vendiere, almacenare, distribuyere, importare, exportare o de cualquier otro modo comercializare copias ilícitas de obras, interpretaciones o fonogramas, cualquiera sea el soporte utilizado. 3º) Incluyere a sabiendas información falsa en una declaración destinada a la administración de los derechos de autor o derechos conexos, de modo que pueda ocasionar perjuicio al titular de derechos correspondiente o un beneficio injustificado para el infractor o para un tercero. 4º) Alterare, suprimiere o inutilizare cualquier medida tecnológica o archivo electrónico que registre información sobre los derechos de autor y derechos conexos, de modo que pueda ocasionar perjuicio al titular de derechos correspondiente o un beneficio injustificado para el infractor o para un tercero. 5º) Eludiere de cualquier forma las medidas tecnológicas efectivas incluidas en dispositivos, archivos electrónicos o en señales portadoras, que fueran destinadas a restringir o impedir la reproducción, la comunicación al público, distribución, transmisión, retransmisión o puesta a disposición del público de obras, interpretaciones o fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión. 6º) Fijare en cualquier soporte físico o virtual, comunicare al público, distribuyere, retransmitiere o pusiere a disposición del público, de cualquier manera y por cualquier medio, una emisión radiodifundida, incluidos los servicios alámbricos o inalámbricos de suscripción para abonados o autorizados. 7º) Captare, de cualquier manera y por cualquier medio, una señal radiodifundida, emitida o transportada, destinada a un régimen de abonados o autorizados. 8º) Pusiere a disposición del público obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión a través de un sistema informático, o las almacenare, efectuare hospedaje de contenidos, los reproducere o distribuyere. La misma pena se impondrá, al proveedor de servicios de internet que, teniendo conocimiento efectivo de la falta de autorización, continuare permitiendo el uso de su sistema informático para la comisión de las conductas descriptas en este inciso". **Art. 505.** Se aplicará TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que, sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes, fabricare, almacenare, pusiere a la venta, vendiere, distribuyere o de cualquier otro modo comercializare dispositivos, instrumentos, archivos electrónicos o medidas tecnológicas de cualquier tipo o clase que, de modo principal, permitan la captación o descriptación ilícitas (sic) de una señal radiodifundida o faciliten o produzcan la alteración, supresión, inutilización o elusión de las medidas tecnológicas que sean utilizadas por los autores, intérpretes, productores fonográficos, cinematográficos o audiovisuales u organismos de radiodifusión". **Art. 506.** Se impondrá prisión de TRES (3) meses a SEIS (6) años o TRES (3) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que: 1º) Se atribuyere falsamente el carácter de titular, autor, editor o intérprete de una obra, una interpretación o un fonograma, o una parte de ellos. 2º) Mutilare, suprimiere, modificare o alterare el nombre del autor, intérprete, editor o productor, el título o la integridad del contenido de una obra, una interpretación, un fonograma, o una parte de ellos". **Art. 507.** Se impondrá prisión de TRES (3) meses a UN (1) año o TRES (3) a DOCE (12) días-multa, al que: 1º) Representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización previa y expresa del titular de los derechos. 2º) Ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización previa y expresa del titular de los derechos.

17 PALAZZI, Pablo A.: "La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización", Documento de trabajo nº 6, Centro de Tecnología y Sociedad, Universidad de San Andrés, Bs.As., 2008.

18 Para acceder al documento completo, dirigirse a: file:///C:/Users/PJN/Downloads/Palazzi%20(1).pdf

19 El texto completo de la citada resolución aparece en el sitio de la publicación "Diario Judicial", con breve glosa de Matías Werner que lleva por título "Un libro que engorda, pero no copia": <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/074/079/000074079.pdf>

Brasil

Alexis Couto de Brito

Jenifer Morales

Universidade Presbiteriana Mackenzie

O ordenamento jurídico-penal brasileiro possui um tratamento separado sobre os crimes contra a propriedade imaterial. Há um capítulo no Código Penal sobre os crimes contra a propriedade intelectual (artigo 184), dispositivos sobre a propriedade industrial na lei 9.279/96 (artigos 183 a 194) e sobre software na lei 9.609/98 (artigo 12).

1. Dos crimes contra a propriedade intelectual

O único artigo previsto na codificação brasileira sempre foi muito genérico sobre a propriedade intelectual: "violare direitos de autor e os que lhe são conexos". A pena prevista é de prisão de 3 meses a 1 ano, ou multa. Em alteração posterior foram acrescentados três parágrafos para uma maior abrangência e respeito ao princípio da legalidade, já que a redação original era de 1940 e a modernidade apresentou problemas diversos e mais complexos de tipicidade. De qualquer forma, trata-se de uma norma penal em branco, que precisa de uma outra lei para que seu entendimento seja possível. Muito de seu conteúdo encontra-se na lei 9.610/98 (que trata dos direitos autorais).

A conduta típica é "violare", conduta simples que tem como objeto material os direitos de autor (o criador da obra) relacionados aos direitos morais da associação de seu nome à obra bem como os patrimoniais, associados ao lucro, o direito de vender e de permitir que a obra seja comercializada. No entanto, não há como elemento do tipo o fim de lucro e se este for o objetivo, a conduta será a qualificada prevista no parágrafo 1º.

O delito do caput é privado, o que no Brasil significa a apresentação de querela por parte do advogado particular, sem atuação do Ministério Público. Já os

parágrafos serão considerados delitos públicos, com atuação direta do promotor de justiça.

Os parágrafos 1º e 2º tipificam as condutas de quem reproduz total ou parcialmente com intuito de lucro direto ou indireto, ou quem de qualquer forma comercializa a obra intelectual ou a adquire. A pena é de prisão de 2 a 4 anos e multa. No caso de aquisição entende-se que o tipo em comento é especial em relação ao tipo de receptação previsto no artigo 180 do Código Penal Brasileiro.

Há ainda um terceiro parágrafo, com igual pena, que criminaliza o oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa. O tipo penal é voltado ao fornecimento clandestino de sinais de televisões a cabo ou satélite e não alcança o usuário final que se beneficia do serviço.

O intuito de lucro é elemento essencial do tipo e para que não haja dúvidas o parágrafo 4º ressalta que o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com previsto na lei 9.610/98, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. Contudo, a lei 9.610/98 não resolve certos aspectos da utilização da produção, com opor exemplo, não define em casos de obras escritas qual o mínimo de cópias para fins pessoais, o que costumeiramente foi consagrado em 10% do total.

2. Crimes contra a propriedade industrial

A previsão dos crimes contra a propriedade industrial é disposta na lei 9.279/96, cuja promulgação revogou o Código da Propriedade Industrial (lei 7.903/45) no tocante a este aspecto. Referido instrumento legislativo tem natureza eclética, isto é, regulamenta aspectos cívicos e criminais acerca da propriedade industrial, sendo a matéria penal sujeita às disposições específicas do Código de Processo Penal Brasileiro.

Os crimes contra a propriedade industrial são em basicamente 5 modalidades: Crimes contra as Patentes, Crimes contra os Desenhos Industriais, Crimes contra as Marcas e/ou cometidos por meio de Marca, título de estabelecimento e sinal de Propaganda, Crimes contra as Indicações Geográficas e Crimes de Concorrência Desleal.

Relativamente aos primeiros, a previsão é disposta nos artigos 183 a 186 da referida lei. Apesar do caput dos artigos 183 e 184 serem idênticos, o primeiro tipifica uma modalidade mais ativa da conduta, consubstanciada na fabricação de produto que seja objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade (inciso I) ou utilização de meio ou processo que seja objeto de patente de invenção (inciso II). A pena prevista para ambos os incisos é de 3 meses a 1 ano de prisão ou multa.

O artigo 184, por outro lado, tipifica a comercialização dos produtos fabricados com violação de patente de invenção/modelo de utilidade ou obtidos por meio ou processo patenteados, pela exportação, venda, exposição ou oferecimento à venda, manutenção em estoque ou recebimento para utilização de fins econômicos (inciso I) ou importação de referidos produtos para os fins previstos no inciso I, desde que não tenham sido colocados no mercado externo pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Apesar dos tipos penais não descreverem o que, propriamente, pode ser caracterizado por patente de invenção ou patente de modelo de utilidade, a própria lei supre essa lacuna no âmbito da regulamentação cível acerca da matéria. O modelo de utilidade é conceituado no artigo 9º como *o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.*”, enquanto é disposto artigo 8º que *a invenção patenteável é aquela que “atende aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.*

O artigo 185, sob uma ótica mais abrangente, criminaliza a conduta de *fornecer componente de um produto patentado ou fornecer material ou equipamento para realizar um processo patentado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.*

A lei dispõe que a caracterização dos crimes contra as patentes ocorre ainda que a “violação não atinja todas as reivindicações da patente” ou “se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente”.

Subsequentemente, os crimes contra os desenhos industriais são previstos nos artigos 187 e 188 e os crimes contra as marcas nos artigos 189 e 190. Em todos, da mesma forma que os crimes contra as patentes, são previstas duas modalidades. Uma primeira, mais direta, relativa à fabricação ou reprodução ilícita de determi-

nado produto e uma segunda, voltada à utilização do objeto adulterado para fins comerciais.

O desenho industrial, conforme conceituado pela própria lei, é a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, que proporcione resultado visual novo e original e que possa servir de tipo de fabricação industrial. No tocante a ele, o artigo 187 tipifica a fabricação de produto que incorpore desenho industrial registrado ou imitação substancial de tal desenho, que possa induzir em erro ou confusão, desde que sem a autorização do titular. A pena cominada a este delito vai de 3 meses a 1 ano de prisão ou multa.

O artigo 188 tipifica a conduta de *exportar, vender, expor à venda, ter em estoque, ocultar ou receber para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão*. A pena cominada a este delito é de 1 a 3 meses de prisão ou multa.

No que diz respeito aos crimes contra as marcas que, também segundo a conceituação legal, é utilizada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, o artigo 189 criminaliza a conduta de quem reproduz, no todo ou em parte, marca registrada, ou a imita de modo que possa induzir confusão (Inciso I) ou altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado (inciso II). A pena cominada a este delito vai de 3 meses a de 1 ano de prisão ou multa.

Na hipótese em que o sujeito ativo pratica ambas as condutas previstas no crime, isto é, tanto pratica a contrafação quanto revende a mercadoria contrafeita, a jurisprudência pátria costuma entender pela aplicação do princípio da consunção, admitindo que a imitação (crime meio) foi realizada apenas com o propósito mercantil (crime fim).

Já o artigo 190 tipifica a conduta de *importar, exportar, vender, oferecer, expor à venda, ter em estoque ou ocultar: Produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, no todo ou em parte (inciso I) ou produto de sua indústria ou comércio em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem (inciso II)*. A pena cominada a este delito é de 1 a 3 meses de prisão ou multa.

A importação de produto contrafeito já foi objeto de debates jurisprudenciais quanto a um conflito aparente de normas ante a possibilidade de caracterização do crime de descaminho. Segundo entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em consonância com os postulados oriundos da majoritária doutrina nacio-

nal, seria aplicável apenas o delito previsto na lei de propriedade industrial, segundo o que determina o princípio da especialidade da lei penal.

Ainda quanto às marcas, também constitui crime a reprodução ou imitação, no todo ou em parte, de armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, sem a necessária autorização e, de igual forma, responde pelo crime quem usa essas reproduções para fins econômicos (Artigo 191).

Relativamente aos crimes contra as indicações geográficas, temos, basicamente, três disposições: A primeira quanto à fabricação, importação, exportação, venda, exposição ou oferecimento à venda e manutenção em depósito de produto que apresente falsa indicação geográfica (Artigo 192); utilização em produto, recipiente e afins termos retificativos tais como “tipo”, “espécie” “gênero” etc., não ressaltando a verdadeira procedência do produto (artigo 193); e a utilização de marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão, sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou expor à venda produto com esses sinais (Artigo 194). As três hipóteses tem como pena 1 a 3 meses de prisão ou multa.

Em todas as hipóteses supra citadas é possível notar um certo atecnicismo quanto à redação adotada na lei 7.279/96. De maneira geral, o legislador brasileiro optou pela criação de tipos demasiadamente abrangentes, muitas vezes com mais de cinco verbos nucleares e, em determinadas situações, de forma absolutamente redundante. Exemplo disso é o artigo 193 relativo à indicação geográfica, assim disposto em sua integralidade:

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto.

A criação de dispositivos tais como os apresentados acima proporciona uma desestabilização legal em face do princípio da legalidade, notadamente em desatenção à taxatividade, diante da abrangência de alguns preceitos incriminadores.

Por fim, a última modalidade de crime contra a propriedade industrial prevista no Ordenamento Jurídico Brasileiro é a concorrência desleal, disposta no artigo 195 da lei 9279/96, em seus vários incisos. Tal previsão é específica ao emprego das propriedades imateriais da atividade empresarial e, portanto, não se confunde com

o delito previsto na lei de crimes Contra a Ordem Tributária, relativo a criação de monopólios empresariais ou “trusts”.

Das quatorze condutas previstas no artigo 195, chamam a atenção três incisos: o V que tipifica a conduta de utilizar nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios; o VIII que tipifica a conduta de vender ou expor à venda produto adulterado ou falsificado, em recipiente ou invólucro de outrem; e o XI que tipifica a conduta de divulgar, explorar ou se utilizar, sem a devida autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que o agente teve acesso mediante relação empregatícia, ainda que após o término do contrato. É interessante notar que relativamente a esta conduta não há a previsão legal da manutenção destas informações e materiais em dispositivos pessoais, mas apenas e tão somente é criminalizada a sua utilização e divulgação. Para a materialização do crime, tais conhecimentos não podem ser de conhecimento público, inclusive.

Também podem ser destacados como exemplos de concorrência desleal: A venda de produto declarado como patenteado ou com seu desenho industrial registrado, quando, na realidade, não o foi (Inciso XIII) e a divulgação, exploração ou utilização de resultados de testes ou outros dados ainda não divulgados, desde que sua *elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para apresentar a comercialização de produtos* (Inciso XIV).

A pena cominada ao crime de concorrência desleal é de 3 meses a 1 ano de prisão ou multa.

Quanto aos aspectos gerais sobre os crimes contra a propriedade industrial, temos que todos são delitos privados, que, como o disposto acima, não conta com a atuação do Ministério Público, exceptuando-se o crime previsto no artigo 191, que é de ação pública incondicionada, ou seja, demanda de atuação ministerial para persecução.

Considerando o patamar máximo das penas cominadas, todos os delitos contra a propriedade industrial são classificados como infrações de menor potencial ofensivo e, portanto, possuem tramitação feita pelo Juizado Especial Criminal. Também subsiste a possibilidade de suspensão condicional do processo em todas as infrações cuja pena mínima não ultrapasse o patamar de um ano, considerando as causas de aumento previstas no artigo 196 da mesma legislação.

No aspecto processual, exige-se laudo pericial para a comprovação da materialidade do crime e, conse-

quentemente, para o recebimento da queixa crime do ofendido. A peculiaridade de tais delitos em relação aos demais crimes de iniciativa privada é que o prazo para a interposição da queixa é menor, apenas de 30 dias, contados após a homologação do laudo pericial pelo magistrado (artigo 529 do Código de Processo Penal Brasileiro). O prazo comum para os demais crimes de iniciativa do ofendido é de 6 meses da data do conhecimento da autoria da infração penal.

3. Crimes contra o direito de autor de software

O objeto da Lei 9.609/98 é o programa de computador, protegido como direito de autor. O legislador separou o programa de computador do elenco das produções intelectuais e editou Lei específica para o tratamento da matéria. Conforme o artigo 1º da Lei, **programa de computador** (Software) “é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”. Este conceito deverá ser tomado para o preenchimento do elemento normativo do crime previsto no artigo 12.

A Lei em comento trata de uma proteção especial a uma forma de produção intelectual chamada programa de computador. A proteção não deve se limitar ao código-fonte (formado pelo conjunto das palavras e/ou símbolos escritos de forma ordenada, que conformam logicamente as instruções em uma das linguagens de programação existentes), ao código-objeto (o nome dado ao código resultante da compilação do código fonte) ou à cópia executável (a reunião dos vários códigos-objeto), mas não atinge a funcionalidade que se equipara à ideia, sistema, método, e não constitui parte integrante da proteção garantida pelo direito de autor. Protege-se tanto o direito patrimonial quanto o direito moral, embora este último sofra restrições quanto à proteção penal. À guisa de exemplo, a publicação de um programa inédito ou sua alteração sem autorização do autor violará o direito moral, e a reprodução do programa sem autorização violará o direito patrimonial.

A Lei assegura o direito de autor do programa de computador pelo prazo de 50 anos, o que, em termos de tecnologia de informática, representa um prazo excessivamente longo (art. 2º, §2º). É notório que apenas em 2 (dois) anos a tecnologia evolui a tal ponto de transformar em obsoleta a versão anterior. Em certos

casos, a utilização de determinado *Software* somente será possível em máquinas antigas ou em sistemas operacionais desatualizados.

A conduta básica é semelhante à violação do caput do artigo 184 do Código Penal Brasileiro: “Violar direitos de autor de programa de computador”. A pena cominada é de 6 meses a 2 anos de prisão, mas a exemplo da violação geral também é um delito de ação privada. Se o intuito for a comercialização do software, a pena será de 1 a quatro anos de prisão e multa e o delito passa a ser público.

A conduta do *caput* pode ser praticada de forma livre, como por exemplo *download* (transferência de um servidor remoto) do programa pela *Internet*, instalação e utilização sem licença, reprodução de várias cópias para distribuição entre outras pessoas etc.

Assim como na Lei 9.610/98, artigo 18, a proteção dos direitos sobre o programa de computador independerá de registro. Não haverá crime se a reprodução do programa de computador destinar-se às situações do artigo 6º: *I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.*

Além das hipóteses *supra* citadas, também há entendimento no sentido de que nas hipóteses dos artigos 46 a 48 da Lei 9.610/98 igualmente não haverá o crime.

As possibilidades de produção do *Software* provocam uma especial atenção quanto ao proprietário da obra intelectual. É comum que as empresas produtoras possuam mais de um desenvolvedor, que podem trabalhar em conjunto ou em separado. Em ambos os casos, a propriedade sempre pertencerá à empresa, ainda que o trabalho tenha sido desenvolvido por um empregado contratado.

Diante da exposição à venda de programa de computador, deve prevalecer o crime em questão, desprezando-se o delito tipificado no artigo 180, §1º —receptação qualificada— que igualmente prevê a conduta de expor à venda produto de crime.

China

Jiajia YU

Doctor in Law (the University of Tokyo) and Associate Professor in KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University

In China, the Copyright Law offers the general ground of protecting copyright. The activities severely infringing copyright can constitute crimes in China's Penal Code.

I. CRIMINAL OFFENCES IN THE PENAL CODE

Explicitly speaking, three offences come into the Penal Code.

Firstly, any of the following acts committed to making profits are criminal, if the sum of illegal gains is relatively large, or if there are other severe circumstances (i) reproducing and distributing a written work, musical work, motion picture, television program or other visual works, computer software or other works without permission of the copyright owner; (ii) publishing a book of which another person enjoys an exclusive right of publication; (iii) reproducing and distributing an audio or video recording produced by another person without permission of the producer; or (iv) producing or selling a work of fine art with forged signature of another painter (Art. 217 in the Penal Code). The maximum of punishment is fixed-term imprisonment of seven years.

Secondly, the act of knowingly selling the reproduced works as mentioned in Art. 217 to make profits is also a crime if the sum of illegal gains is enormous (Art. 218 in the Penal Code). The maximum of punishment is fixed-term imprisonment of three years.

In many cases where the act of distribution can cover the act of selling, only Art. 217 shall apply. And a legal person, who commits any of the crimes mentioned in Art. 217 and Art. 218, shall be fined, and the persons who are directly in charge and the other persons who are directly responsible for the crime shall also be punished.

Thirdly, according to the interpretation made by the Supreme Court on the judgment of illegal publications (valid on 23 December of 1998), operating the business of publishing, printing, reproducing or distributing works without permission of the copyright owner shall be a crime of unlawful operating business (Art. 225 in the Penal Code). If the circumstances are dire, the defender shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years. Therefore, when there is an “Idealkonkurrenz”, Art. 225 shall apply.

II. NEW RULES RELATED TO COPYRIGHT INFRINGEMENT ON THE INTERNET

Against the background of cyberization in China, how to deal with the violator's infringing copyright when he/she distributes pirate versions of novels, music or game software, operates private servers, or adds a plugin, has become a new issue.

As a response, the Standing Committee of the National People's Congress made a decision on guaranteeing computer network security on 28 December of 2000 (revised on 27 August of 2009). The Congress made it clarified, that making use of the computer network to infringe another's intellectual property right shall deserve punishment by the relevant provisions in the Penal Code (Art.3(3)).

Then a series of judicial interpretations on the application of rules in the Penal Code in the cases concerning infringement upon intellectual property right has been issued respectively on 8 December of 2004, on 5 April of 2009 and on 10 January of 2011. Those new interpretations aim to describe the elements of criminal acts when they happen on the internet.

1. Reproduction and Distribution

According to the 2004 Interpretation, the action of disseminating protected written works, musical works, film television or video products, computer software or other works to the public through information network shall be admitted as "reproduction and distribution" as prescribed in Art. 217 in the Penal Code (Art.11(3)). Based on this interpretation the piracy online shall doubtless be criminal.

The 2007 Interpretation held that "distribution" shall include the marketing of pirate works in such a manner as advertising or subscription (Art.2(2)).

2. The Purpose of Making Profits

The elements of criminal acts prescribed in Art.217 and Art.218 in the Penal Code include the purpose of committing crimes, say the purpose of making profits. However, in many cases, the violator allows the users of the internet to access pirate works free of charge but mainly gains money from the advertisement. Concerning this new issue, a question is as below: can "making profits" also be realized indirectly?

The answer is evident in the 2004 interpretation, which holds that the violator shall be deemed to make profits indirectly when charging fees for the service of publishing advertisements, etc.(Art.11(1)).

Furtherly, the 2011 Interpretation lists the following four situations in which the violator shall be deemed to infringe copyright to make profits: (i) charging fees, directly or indirectly, by such means as publishing advertisements in protected works or bundling a third party's work with protected works; (ii) charging fees, directly or indirectly, for the service of publishing paid advertisements on websites or web pages by making use of the opportunities to disseminate protected works on the internet or to use pirate works uploaded by the third party; (iii) charging membership fees or other registration fees for circulating protected works on the internet; (iv) otherwise making profits by using protected works (Art. 10).

3. Other Severe Circumstance

To apply Art.217 in the Penal Code, in the case where the sum of illegal gains is not relatively large, the judge must find the existence of severe other circumstance.

According to the 2007 Interpretation, "other severe circumstance" shall refer to any for-profit reproduction or distribution of protected works with at least 500 copies in total (Art.1).

The 2011 Interpretation put forward the following six standards for judging "other severe circumstance" in the cases concerning copyright infringement on the internet: (i) operating illegal business with a value of 50,000 CNY or more; (ii) disseminating not less than 500 protected works; (iii) not less than 50,000 clicks on the circulated protected works; (iv) not less than 1,000 registered members who can access to unlawfully disseminated works; (v) the value or quantity not reaching the standards in items (i) to (iv) but reaching more than half of the value or quantity demanded in two or more items respectively; (vi) other severe circumstances. Notably, (iii) and (iv) mainly apply in crimes on the internet (Art.13).

4. Application of Fine

Art. 217 and Art. 218 in the Penal Code don't limit the amount of criminal fine. As an essential revision, the 2007 Interpretation demands that in principle the amount of fine shall be not less than the sum of illegal gains and meanwhile not more than five times the sum of illegal gains; or not less than 50% of the sum of illegal turnovers and meanwhile not more than the sum of illegal turnovers.

III. TYPES OF ACTS CONCERNING COPYRIGHT INFRINGEMENT ON THE INTERNET

First of all, in a part of cases, the violator makes use of internet information technologies to commit the tra-

ditional offences of infringing copyright. For example, the violator borrows a server space, and then copies or uploads the protected written works, music or software programs on this server space. When the click number is significant, he/she can make profits from paid advertisements. In those cases, the judge finds no difficulties to apply the provisions of criminal copyright infringement. People can say, that copyright infringement on the internet is no more than the old wine in a new bottle.

Secondly, new types of criminal offences infringing copyright come out in the field of online games. In this field, enormous profits would induce the commission of a copyright offence.

One of the most symbolic acts infringing copyright on the internet is operating a private server for online games. The copyright of the owner of the gaming server should be protected by criminal law. When playing the game, the player connects to the gaming server. When setting up a private server, the violator tries to cut the connection between the player and the original gaming server and then to build the new connection between the player and the private server. And then the violator can charge players and consequently infringes the property interests of the owner of the original gaming server. Therefore, in those cases, the judge in China can find the act of operating a private server guilty.

The other symbolic act is running a tag-on service for online games. For example, the original game does not have a perspective function. To make this function possible, the violator runs a tap-on service and furtherly has to conduct a series of unlawful activities including deciphering and using the protocol of the original game server, intercepting and modifying the data sent to the original gaming server, and revising the data kept in the memories in the player's computer. In China, this kind of running a tap-on service is also criminal.

Lastly, in many cases, the violator does not commit a crime on the internet individually. According to the 2009 Interpretation, whoever, knowingly the violator's commission of a copyright crime, assists in it by means such as providing internet access, server hosting, network storage space, communication transmission channels, fee collection agency, fee settlement or other services, shall be punished as an accomplice (Art. 15).

IV. CONCLUSION

Since joining the WTO on 11 December of 2001, China has accepted the obligation to adhere to TRIPs (the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Within the structure defined by

Art. 61 of TRIPs, the ground of protecting copyright by criminal law, China designs specific rules of punishment in the Penal Code based on the national context.

First, China's criminal law protects all kinds of works and software whose creator has copyright. The activities of interpreting the criminal law are active to deal with the infringement of copyright on the internet.

Second, criminal offences can cover all acts of reproducing, distributing or disseminating protected works on the internet without permission.

Third, only the intentional infringement upon copyright can be found guilty. And as another subjective element, the purpose of directly or indirectly making profits must be proved.

Finally, the legislator raises the threshold of punishment by demanding the occurrence of a large sum of illegal gains or the existence of a particular severe circumstance. The act of operating a business to reproduce or to distribute pirate works deserves more severe punishment.

Costa Rica

Dra. Angie Andrea Arce Acuña

Abogada y Profesora Universitaria

Evolución en Costa Rica

La protección a la propiedad intelectual en Costa Rica encuentra sus orígenes históricos en la ley de Propiedad Intelectual número 40 del 27 de junio de 1896, habiendo sido adicionado su artículo 44 mediante la ley número 1568 de 1953 y posteriormente reformada mediante ley número 2834 de 1961 así como en la ley de Imprenta número 32 del 12 de julio de 1902, reválida por la ley número 7 de 15 de mayo de 1908 y reformada por leyes número 37 de 18 de diciembre de 1934 y 213 de 31 de agosto de 1944. En esta regulación se echan las bases a definiciones, alcances de forma general. Es con la venida de la tecnología y las políticas internacionales, que comienza un desarrollo en torno al tema. Comienza en esta época la protección a las marcas, patentes, casetts, y medios de difusión, así como la televisión, las normas anteriormente citadas fueron derogadas por la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982. (Sentencia número 001245-F-01 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas del veintiuno de diciembre del año dos mil uno. Considerando IX, X y XII. San José Costa Rica). El Convenio Centroamericano para la Protección de

la Propiedad Industrial del 1 de junio de 1968, tuvo una gran influencia sobre la legislación costarricense, así como el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial (marcas, nombres comerciales, y expresiones o señales de propaganda), que entró en vigor para Costa Rica el 27 de mayo de 1975, que fue suscrito por los países centroamericanos. (DUNCAN-LINCH, Pablo et al. (2001). "Código de Propiedad Intelectual". San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., p. 231.) El 30 de noviembre de 1994 los países de la región suscribieron un protocolo de modificación al Convenio referido, el cual sufrió una enmienda mediante un Protocolo suscrito el 19 de noviembre de 1997 y el 26 de marzo de 1998 al no ser ratificado por la mayoría de los países estos protocolos quedaron derogados. La ley 6997, de Patentes de Invención, modelos de utilidad y modelos y dibujos industriales, se originó en 1987, llega a tener una serie de cambios importantes en el año 2000, ya que el país, se ve en la necesidad de adecuar esta ley con las estipulaciones que contemplaba el Acuerdo ADPIC, que forma parte de los acuerdos de la OMC, y que son de acatamiento obligatorio para todos los miembros. Estas leyes abarcan 4 tipos distintos y separados de propiedad intangible, a saber: patentes, marcas registradas, derechos de autor, y secretos comerciales, todo lo cual se conoce en forma colectiva como la Propiedad Intelectual. La legislación actualmente aplicable es la Ley de Procedimientos de Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual que también es reconocida por la numeración correspondiente según el consecutivo, como la ley 8039 del veintisiete de octubre del 2000.

Concepto y Alcances de la Ley

La Organización Mundial de Comercio ha definido estos derechos como: "Los derechos de Propiedad Intelectual que son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado." ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, (1999). Otra de las definiciones referentes a los derechos de Propiedad Intelectual es: "La Propiedad Intelectual de una obra literaria, artística o científica, corresponde al autor por el solo hecho de crearla. Se considera autor a la persona natural, que crea una obra artística científica o literaria" ALBALADEJO, Manuel. (1991) "Derecho Civil, Derechos de Bienes". Barcelona, Editorial José María Bosch, séptima edición, tomo 1, volumen III, p 163.

La importancia de la tutela de este tipo de derechos radica principalmente en su bien jurídico, que se podría apuntar que no únicamente es de interés la protección individual del mismo, entendiéndose el bien jurídico como carácter individual sino, además, es importante ser protegido desde la esfera supra individual o Colectiva, esto por cuanto, a nivel social, se busca el desarrollo, la creatividad y la invención que permita nuevas técnicas avances y empuje.

Es de suma importancia proteger esto según cada corriente que se vaya a sostener sea como bien espiritual o patrimonial, valioso que aporta novedad, facilidad y desarrollo a la sociedad pero con el auge de la propiedad intelectual, independientemente de cuál sea su categoría patentes, marcas, derechos de autor, televisión o el cine, se vienen dando nuevas formas de criminalidad, que como bien apunta la doctrina respecto al tema, no basta con ser tutelado de forma civil o administrativa sino que se hace necesario por parte del legislador de promulgar, delitos penales con una sanción que procure la prevención general positiva y el resguardo de estos importantes derechos.

Y es de este modo que la Ley costarricense, ley de protección de observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, tutela esos delitos. Esta ley se compone de cinco capítulos: Capítulo Primero, Disposiciones Generales. Capítulo Segundo, Medidas Cautelares. Capítulo Tercero, Creación del Tribunal Registral Administrativo y Procedimientos Administrativos. Capítulo Cuarto, Procesos Civiles. Capítulo Quinto, Delitos Penales. Capítulo sexto, Disposiciones Finales.

De los capítulos de mayor interés está el capítulo tercero que regula la creación del Tribunal Registral Administrativo como órgano de desconcentración máxima que goza de independencia funcional y administrativa, así como del alcance de sus fallos; de su integración, los principios jurídicos en los que se basa, competencia, celeridad de trámite y plazos para la interposición de acciones ante este órgano.

Dentro de este mismo capítulo se describen los diferentes procedimientos administrativos en las siguientes materias: Marcas y signos distintivos y competencia desleal, los cuales están descritos a su vez en la ley de marcas y distintivos número 7978 del 6 de enero del 2000 y en la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor n° 7472 del 20 de diciembre de 1994, Patentes de Invención, de dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad, basados en la Ley de Patentes de invención, dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad, N° 6867 del 25 de abril de 1983, Derechos de autor y Derechos conexos

que se encuentran así descritos en la Ley de Derechos de Autor y de derechos conexos N° 6683 del 14 de octubre de 1982. Información no divulgada, estableciendo que estos procesos se registrarán según lo dispuesto en la ley de Información no divulgada N° 7975 del 4 de enero del 2000. Circuitos Integrados que a su vez se formulan anteriormente en la Ley de protección a los circuitos integrados de los esquemas de trazado N° 7961 del 17 de diciembre de 1999.

Dentro del capítulo cuarto se encuentran los procesos civiles, los cuales serían en mayoría tramitados bajo la figura del proceso abreviado así bien como menciona que en los casos de competencia desleal se tramitarían sumariamente. Deja abierta la posibilidad de adoptar medidas cautelares tanto las encontradas dentro de esta ley como las del título IV, libro I del en el Código Procesal Civil, así como el manejo de la prueba, criterios para fijar los daños y perjuicios y el tratamiento de decomiso de las mercancías o su destrucción, esta última solo autorizada cuando medie sentencia firme.

Dentro de este capítulo se tutelan los procesos penales, donde se definen de forma específica y la instancia penal es de persecución publica en instancia privada.

Dentro de los delitos tutelados se tienen marcas y signos distintivos, Falsificación de marca, Venta, almacenamiento y distribución de productos fraudulentos, Venta, adquisición y ofrecimiento de diseños o ejemplares idénticos a una marca ya inscrita. Identificación fraudulenta como distribuidor. Utilización fraudulenta de indicaciones o denominaciones de origen. En cuanto a Derechos de información ni divulgada: Divulgación de secretos comerciales o industriales, Obtención de información no divulgada por medios ilícitos. En lo referente a derechos de autor y derechos conexos: Representación o comunicación pública sin autorización de obras literarias o artísticas, Comunicación de fonogramas, videogramas o emisiones sin Autorización, Inscripción registral de derechos ajenos de autor, Reproducción no autorizada de obras literarias o artísticas, fonogramas o videogramas, Fijación, reproducción y transmisión de ejecuciones e interpretaciones protegidas, Impresión de un número superior de ejemplares de una obra, Publicación como propias de obras ajenas, Adaptación, traducción, modificación y compendio sin autorización de obras literarias o artísticas, Venta, ofrecimiento, almacenamiento, depósito y distribución de ejemplares fraudulentos, Arrendamiento de obras literarias o artísticas, fonogramas sin autorización del autor, Alteración de información electrónica colocada para proteger derechos patrimoniales del titular, posteriormente conti-

nua regulación a ordenadores y dibujos. La sanción penal que se contempla es de un plazo máximo de tres años. Situación que ha sido enormemente criticada, porque muchas veces el daño al bien jurídico es realmente significativo, sin embargo, no habrá más pena que esta, y si se toma en cuenta las reglas de la ejecución condicional de la pena, si el imputado es su primer delito pues podría suponer que de ninguna forma por este tipo de delitos se descontara pena. Lo que lleva muchos a apuntar que falta de protección efectiva y penas adecuadas en esta materia.

Política Criminal en Costa Rica

En cuanto al papel del Ministerio Público y del Gobierno en esta materia debe indicarse, que no es una prioridad para ninguno, esto por cuanto el país debe lidiar con temas como el femicidio, narcotráfico, crimen organizado, corrupción de funcionarios públicos, que los mantienen muy ocupados y con los recursos disponibles enfocados a los mayores problemas. Si bien es cierto al inicio de la promulgación de la ley se empezó con gran empuje y ánimos, la realidad de nuestro país y la falta de dinero pues han hecho que la tutela no sea tan efectiva como se quiere.

Sin embargo, dentro del informe de la Fiscalía del 2005 encontramos que se refiere a la política de persecución implementada y textualmente se lee. En delitos contra la propiedad intelectual se ha delineado que se persiguen únicamente aquellos asuntos que transgreden la salud o aquellos en que se vislumbran la existencia de organización criminal que lesiona otros bienes jurídicos, a lo cual el efecto que esto ha producido es una disminución de circulante y de denuncias dentro de esta oficina judicial.

Durante el 2005 la fiscal coordinadora fue aboliendo poco a poco la coordinación con la sección de la Dirección Especializada de Investigación de Seguridad Pública, encargada de colaborar con las investigaciones de Propiedad Intelectual, lo cual refleja un claro desinterés por el tema. Este rechazo por parte de la fiscalía ha ocasionado malestar por los diversos sectores que se han visto afectados y tras varios intentos de ser atendidos en esta instancia, ha optado por valorar la vía civil. Ministerio Público. Costa Rica. Instrucciones Generales emitidas por la Fiscalía General de la República durante el año 2005. Protocolo para la atención de crisis en casos mayores. Sección especializada en Delitos). Lo que se apuntaba en ese momento es que estos delitos son de índole económico y que la situación del país y del Ministerio Público en el momento impide esa per-

secución, pudiendo hacerlo el afectado por su propio medio con sus abogados con una querrela.

Conclusiones

Si bien es cierto el tema cuenta con tutela en Costa Rica, la practica a la hora de llevarse a cabo esa protección no es efectiva, de igual forma las penas, y la manera que se instauro la persecución penal debilita la figura como tal.

No es que no haya un interés, sino que los recursos y la realidad del país no han permitido una tutela mucho más efectiva.

En la generalidad de estos casos, terminan con sobreseimiento en la fase intermedia como causas se señalan, que el Ministerio Público, una vez que decide allanar y decomisar los bienes, los que depositan en los lugares dispuestos por el Poder Judicial, proceden a solicitar criterio de oportunidad, con lo que los casos terminan siendo sobreseídos antes de que se señale fecha para la audiencia preliminar. La tesis que se maneja es que los intereses protegidos son eminentemente patrimoniales y no afectan al interés público. Sólo se convoca a la audiencia preliminar cuando la parte que se dice perjudicada se constituye en querrelante lo que da una imagen de debilitamiento a nivel de terceros de la protección de estos derechos.

Existe una propuesta donde el Ministerio de Hacienda sea más bien quien con inspectores, y facultades puede investigar, decomisar y llevar a cabo estas importantes labores, sin embargo, la posición del Ministerio de Hacienda es que necesitaría que se le asignen recursos, regresando nuevamente al punto de partida.

Finalmente es un asunto de voluntad, y necesidad por parte del país, y hasta que esto no se convierta en un problema social, económico y centroamericano real y afecte seriamente el país se busquen recursos y soluciones adecuadas.

España

Elena Núñez Castaño

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

Resulta innegable que en los últimos tiempos los delitos contra la propiedad intelectual han gozado de una enorme relevancia social, mediática y legislativa, esencialmente como consecuencia de actividades como descargas de distintas obras (películas, libros, cancio-

nes) mediante archivos P2P o empleando páginas de enlaces de descargas directas, y la posterior distribución y venta, generalmente, utilizando venta ambulante o el denominado *top manta*. La expansión y globalización de este tipo de comercio ilícito que pueden conllevar una importante repercusión, no sólo en los derechos de las concretas víctimas, sino en la economía global, ha determinado que los Estados decidan la intervención legislativa en esta materia.

Buena prueba de ello puede ser nuestro ordenamiento jurídico, en la que tanto la extensión como la severidad de la intervención penal en estos ámbitos ha ido claramente en aumento en relación con las últimas reformas penales. Así, por ejemplo, con la LO 5/2010, de 22 de junio quedó de manifiesto la tipicidad penal de conductas como el top manta (aunque hayan privilegiado determinados comportamientos) a pesar de que un sector jurisprudencial se había pronunciado claramente en contra, y la LO 1/2015, de 30 de marzo tenía como objetivo principal la sanción penal de la actividad realizada por determinadas páginas de enlaces para realizar descargas, cuestión que ya había sido previamente puesta de relieve por las reformas que se habían realizado a la Ley de Propiedad Intelectual mediante la llamada "*Ley Lasalle*" (Ley 21/2014, de 4 de noviembre por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) por la que se introduce la denominada *tasa Google* reduciendo el concepto de copia privada lícita, y la "*Ley Sinde/Wert*" (Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en su Disposición Final 43) que ha creado la Comisión de Propiedad Intelectual que constituye un órgano administrativo entre cuyas competencias se encuentra la posibilidad de cerrar determinadas páginas web¹.

Son varios los ámbitos en los que puede identificarse esta intensificación de la intervención penal: un claro incremento de las penas, una ampliación de las conductas típicas, la expansión que implica el cambio del elemento subjetivo del injusto que deja de ser el tradicional ánimo de lucro, para sustituirse como el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, la criminalización de conductas de facilitación del acceso o de la localización de obras protegidas en Internet, etc.². Aspectos todos ellos que resulta preciso delimitar en relación con cada una de las modalidades típicas.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO

La ubicación sistemática de los delitos contra la propiedad intelectual, en la Sección Primera del Capítulo XI del Título XIII del CP, parece indicar que estos tipos penales pudieran tener un carácter socioeconómico

mediante los cuales “*además de tutelar los derechos de los titulares de las referidas propiedades inmateriales, también protegerían otros valores de marcado carácter supraindividual o colectivo, como podrían ser la leal competencia en el mercado o los intereses o el patrimonio de los consumidores*”³; sin embargo, como se deriva de la propia redacción típica no es el caso. Efectivamente, la práctica totalidad de las figuras delictivas previstas en la Sección primera no contienen referencia alguna a derechos o valores supraindividuales que pudieran resultar afectados por su realización, sino que se trata de un bien jurídico de carácter netamente patrimonial individual⁴.

Se trata por tanto de proteger la propiedad intelectual que tiene un valor netamente patrimonial⁵ o económico, como parte del patrimonio individual de los titulares o cesionarios de la obra en cuestión⁶. Así, como afirma GALÁN MUÑOZ⁷ se protegen los derechos de explotación económica de los autores de las creaciones de propiedad intelectual o de sus cesionarios de la obra en cuestión a través de su reproducción, distribución y comunicación; esto es, las ganancias que se deriven o pudieran derivarse de los actos de comercio realizados. A ello se unen los llamados “*derechos conexos*”, esto es, derechos afines a los derechos de autor que recaen sobre las interpretaciones y ejecuciones de la obra.

Por lo que se refiere al objeto material del delito, se pueden diferenciar varios objetos⁸:

- a. Creaciones literarias, artísticas o científicas originales plasmadas en cualquier medio o soporte.
- b. Las transformaciones, interpretaciones o ejecuciones de las creaciones artísticas no autorizadas⁹.
- c. Prestaciones¹⁰ de propiedad intelectual que se refieren a lo que la Ley de Propiedad Intelectual denomina como *otros derechos de propiedad intelectual*, haciendo referencia a los derechos de explotación sobre fotografías, emisiones, retransmisiones, grabaciones de vídeos, programas de televisión o fonogramas. Se incluyen también los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía o geografía.
- d. Programas de ordenar, como el software o los videojuegos.

III. MODALIDADES TÍPICAS

1. Tipo básico: explotación no autorizada de obras de propiedad intelectual (art. 270.1 CP)

El apartado primero del art. 270 CP recoge el tipo básico de estos delitos contra los derechos de propiedad

intelectual que, en esencia consiste en la explotación no autorizada de obras de propiedad intelectual. Así, se especifican una serie de conductas típicas cuya realización sería constitutiva de sanción penal que vienen descritas de forma alternativa siendo suficiente con la realización de cualquier de ellas para que se consume esta figura delictiva. De este modo, nos encontramos ante un *tipo mixto alternativo*, que conlleva dos consecuencias directas: la primera es que la realización simultánea o sucesiva de varias de las acciones enumeradas sobre el mismo objeto constituye un único delito, sin que pueda apreciarse la ejecución de varios¹¹, y la segunda es que se trata de una enumeración taxativa¹².

Sin embargo, como señala GALÁN MUÑOZ¹³ todas las conductas expresamente descritas en el precepto (reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente o explotar de cualquier otro modo) son meras modalidades ejemplificativas de un comportamiento de explotación económica no autorizada y perjudicial de las obras y prestaciones de propiedad intelectual, lo que se deduce claramente de la cláusula “*de cualquier otro modo explote económicamente*” que implica que las acciones descritas con anterioridad también son modalidades del comportamiento genérico de explotación. Ahora bien, justo esta definición determina la necesidad de que esa explotación sea económica, lo que implica la exclusión de cualquier actividad que no conlleve alguna forma de explotación económica de los referidos objetos materiales.

La primera de las conductas típicas se refiere a *reproducir* que según establece el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual consiste en la “*fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio o, de cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”; es decir, se trata de hacer copias físicas de una obra de propiedad intelectual¹⁴.

En relación con el *plagio*, se trata de atribuirse falsamente la autoría de una obra o de una prestación de propiedad intelectual que es creación original de otro, pero que al exigir la regulación penal que suponga una afectación económica de los derechos de su titular, no resulta suficiente con la mera afectación del derecho moral, sino que es preciso que concurra una explotación ilícita, es decir, que se realiza un comportamiento de reproducción, distribución o comunicación pública¹⁵.

La *distribución* implica, tal como establece el art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual la “*puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alqui-*

ler, préstamos o cualquier otra forma”, de manera que debe entenderse como copias físicas o materiales¹⁶.

Por *comunicación pública*, según se deriva del art. 20 de la LPI, debe entenderse “*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”¹⁷.

Ahora bien, la realización de cualquiera de estos comportamientos respecto de alguno de los objetos materiales descritos no convierte automáticamente la conducta en delictiva, sino que es precisa la concurrencia de un requisito más como es la *ausencia de autorización por parte de los titulares de los derechos de explotación correspondiente o de sus cesionarios*. Esta autorización generalmente se concreta en un contrato de cesión, pero la mayoría de la doctrina acepta que pueda ser una autorización verbal¹⁸; y ello implica que el consentimiento destipifica la conducta dado que el titular del derecho ejerce su facultad de disposición.

Por último, en relación con el tipo objetivo de esta concreta modalidad, resulta necesario que la conducta típica se haya realizado *en perjuicio de tercero*, que debe referirse a la idoneidad del comportamiento¹⁹ que la concreta conducta de explotación debe tener para, al menos, poner en peligro el bien jurídico²⁰.

Respecto del *tipo subjetivo*, se pueden diferenciar dos elementos: el *dolo* y un especial elemento del injusto constituido por el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. En relación con el dolo, es preciso que el sujeto conozca que está efectuando un acto de explotación económica de un objeto de propiedad intelectual ajeno, sin autorización y que puede implicar un perjuicio para un tercero, y a pesar de ello quiera realizarlo²¹.

Respecto al elemento subjetivo del injusto, es preciso señalar que éste fue modificado por la LO 1/2015, que sustituyó el tradicional ánimo de lucro²², por el vigente ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, lo que implica una evidente ampliación del ámbito típico de esta figura delictiva²³. Así, la referencia al beneficio económico conlleva la idea de ganancia o ingreso, esto es, intención de enriquecimiento, ya sea *directamente* con la explotación de dicha obra, ya sea de manera *indirecta*, de forma que el lucro se derivaría de otra actividad o situación que le beneficiase²⁴.

2. Tipos privilegiados: la venta ambulante o meramente ocasional (art. 270.4 CP)

El apartado 4 del art. 270 CP pretende dar respuesta a los supuestos de venta ambulante de obras que han in-

fringido los derechos de propiedad intelectual, esto es, los casos generalmente denominados como *top manta*. La primera modificación a este respecto la constituyó la LO 5/2010, pero que ha sido profundamente modificada por la LO 1/2015. Esta última reforma ha introducido dos tipos privilegiados dentro del apartado cuarto del art. 270 CP²⁵:

a. Tipo privilegiado relativo a las distribuciones ambulantes u ocasionales: se establece una rebaja preceptiva de la pena en aquellos supuestos en que el comportamiento del sujeto se tratase de la distribución o comercialización siempre y cuando se tratara de una venta ambulante (esto es, sin establecimiento permanente) o una actividad ocasional y no reiterada.

b. Tipo supraprivilegiado: en el párrafo segundo del art. 270.4 CP se establece una rebaja de pena potestativa atendiendo a una serie de criterios expresamente enumerados en el precepto, es decir, las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener. Ello permite al juzgador, atendiendo a especiales situaciones de necesidad o bien a beneficios económicos muy reducidos, aplicar esta rebaja potestativa de la pena. Con la única excepción de que concurra en la conducta del sujeto alguna de las circunstancias del tipo cualificado previstas en el art. 271 CP.

3. Tipo específico relativo a la actividad de las webs de enlace (arts. 270.2 y 3 CP)

Con anterioridad a la reforma de 2015, se había discutido doctrinal y jurisprudencialmente si las conductas de quienes, sin ofrecer o poner a disposición directamente de terceros obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, sin embargo facilitaban su difusión y comunicación pública mediante páginas o *webs* de enlace que les permitían localizar dichas obras, o bien ofrecían *links* para acceder directamente y descargar los contenidos mediante redes o proveedores de servicios P2P, siendo la doctrina mayoritaria y gran parte de la jurisprudencia proclive a considerar que estos comportamientos resultaban atípicos²⁶. Sin embargo, como señala GALÁN MUÑOZ “*parece que la constante presión de las discográficas y grandes compañías cinematográficas, así como el fracaso de la comisión creada por la conocida Ley Sinde, llevaron finalmente a que el legislador español se decidiese a convertir alguna de estas actuaciones en delictivas*”²⁷.

De este modo en los apartados segundo y tercero del art. 274 CP se tipifica la actividad de las denominadas *web de enlaces*, en concreto algunos comportamientos.

El apartado segundo contiene la *conducta típica* que permite diferenciar dos modalidades de acción: *facilitar el acceso y facilitar la localización*. A este respecto, señala MARTINEZ-BUJAN PÉREZ²⁸, que parece que la primera de las modalidades iría referida a los casos de enlaces con un servidor externo que cuenta con una gran capacidad de almacenamiento (como pudiera ser *Megaupload* o *Rapishare*) en el que se encuentran alojadas las obras y que pueden ser descargadas o incluso visionadas directamente por sus clientes; mientras que señala que la segunda de las modalidades se referiría a los casos en los que la descarga se realiza a través de un sistema P2P, que permite al cliente localizar el ordenador de otro usuario que lo aloja.

Ahora bien, resulta necesario que estos comportamientos se realicen *de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico*. El carácter no neutral se concreta en el propio tipo penal establece que se refiere al ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de dichos servicios. En consecuencia, parece que el legislador ha tenido voluntad de excluir del ámbito penal a las recopilaciones de enlaces y búsquedas que se realicen de forma automatizada, como pudieran ser las que realizan los buscadores de internet como Google o Yahoo²⁹.

Se mantienen los restantes elementos del tipo básico como que la conducta se haya realizado sin autorización, y que sea en perjuicio de tercero. Igualmente, en relación con el tipo subjetivo, exigiendo que se trate de una conducta dolosa y que se realice con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

El apartado tercero del art. 270 CP prevé una serie de medidas que el juez o tribunal deberá imponer obligatoriamente en unos casos y potestativamente en otro. Así serán obligatorias la retirada de las obras y prestaciones objeto de la infracción, y la interrupción de la prestación cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual; y será potestativa el bloqueo del acceso correspondiente, que sólo podrá adoptarse excepcionalmente cuando exista reiteración de conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz³⁰.

4. Conductas delictivas diferentes a la explotación económica no autorizada (arts. 270. 5 y 6 CP)

Tal como señala GALÁN MUÑOZ³¹, los apartados quinto y sexto del art. 270 CP recogen una serie de con-

ductas que esencialmente se caracterizan por no constituir una explotación económica de la obra, y porque algunas responden a la decisión del legislador de adelantar las barreras de intervención penal a fin de dotar presuntamente de una mayor protección los derechos de propiedad intelectual. De este modo, no sería necesaria la lesión efectiva de los mencionados derechos, y ni siquiera un potencial peligro para los mismos, bastando la mera realización de los comportamientos descritos. De este modo, será posible distinguir dos tipos de comportamientos los consistentes en la *importación, exportación o almacenaje no autorizados de ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones mencionadas en los preceptos anteriores* (que vulneren los derechos de propiedad intelectual) *incluyendo las copias digitales de las mismas* (art. 270. 5 a) y b) CP), y, por otro, las conductas relativas a la *eliminación o supresión de las medidas, medios o instrumentos tecnológicos de protección de los productos referidos* (art. 270, apartado 5 c) y d), y apartado 6 CP).

4.1. Importación, exportación o almacenaje no autorizados (art. 270. 5 a) y b) CP)

Las conductas reseñadas deben, que como vemos no consisten en la explotación directa de la obra, deben realizarse *sin la autorización del titular o cesionario*, y se configuran como un tipo mixto alternativo³², de manera que será suficiente con la realización de cualquier de ellas para entender cumplido el tipo penal. Ahora bien, a este respecto señala GALÁN MUÑOZ³³ que la exigencia contenida en el tipo penal de que las conductas se realicen con la *intención de reproducir, distribuir o comunicar dichas obras públicamente*, determinará que estas conductas “*vengan, en realidad, a castigar como delito autónomo y consumado una simple modalidad específica de acto preparatorio de las actuaciones delictivas del art. 270.1 CP; modalidad que, evidentemente y precisamente por ello, quedará absorbida por este delito si finalmente se lleva a materializar en su ejecución*”.

Respecto de las conductas relativas al almacenamiento y exportación sólo serán típicas cuando los ejemplares que se exporten o almacenen sean ilícitos, por cuanto no está prohibido por la Ley de Propiedad Intelectual la exportación y almacenamiento de ejemplares reproducidos lícitamente³⁴. Distinto es el caso de la importación dado que la letra b) del art. 570.5 CP incluye como objeto material del delito tanto los productos, obras o ejemplares que tengan un origen lícito como los que lo tengan ilícito en su país de proce-

dencia (excluyendo obviamente la importación de los mencionados productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea cuando se hayan obtenido con el consentimiento del titular de los derechos en dicho estado o directamente de él)³⁵.

Por lo que se refiere al *tipo subjetivo* la expresión *intencionadamente* empleada en ambos apartados, parece implicar la concurrencia de *dolo directo*.

4.2. Neutralización de medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual (art. 270 apartado 5, letras c) y d), y apartado 6 CP)

Como hemos indicado se regulan una serie de comportamientos que determinan un adelantamiento de la intervención penal en esta materia, lejos de la potencial lesión del bien jurídico protegido.

Así, en la letra c) del apartado 5 del art. 270 CP se castiga como delito autónomo la *eliminación, modificación o neutralización de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual* que los legítimos titulares hubieran puesto a sus obras con la finalidad de impedir o restringir la vulneración de sus derechos. Esta eliminación, modificación o anulación de las medidas debe realizarse con la *intención de favorecer o facilitar* que estos productos pudieran posteriormente constituir el objeto material de las figuras reguladas en los apartados 1 y 2 del art. 270 CP³⁶.

La letra d) del mencionado apartado 5 castiga otros comportamientos también relacionados con las medidas tecnológicas de protección, pero en este caso en concreto se refiere a conductas de *eludir o facilitar la elusión de medidas tecnológicas de protección con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a la obra protegida*. Este comportamiento debe ir presidido por la existencia de un ánimo de beneficio directo o indirecto. Es por ello que, tal como indica GALÁN MUÑOZ³⁷ “*se castiga como delito autónomo los que sería un acto favorecedor de una actuación de terceros (el acceso), que si bien podría ser ilícita civilmente, en caso de que se llegase a realizar, no tendría, sin embargo, cabida en ninguno de los delitos contenidos en los dos primeros apartados del art. 270 CP (no sería un acto de explotación económica)*”³⁸.

Por último, la conducta recogida en el apartado 6 del art. 270 CP constituye otro supuesto de adelantamiento de las barreras de intervención penal al sancionar como delitos consumados lo que no son sino meros actos preparatorios impunes³⁹, en concreto, sancionando a quien *fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio princi-*

palmente producido, concebido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previsto en los dos primeros apartados del art. 270 CP.

Surge, respecto a la interpretación de “principalmente producido” es preciso señalar que, a diferencia de la regulación anterior, ya no resulta preciso que constituya un instrumento que tenga *exclusivamente* esa utilidad, aunque sí obliga a que la función desprotectora sea la preponderante o primordial⁴⁰, y ello determina que acertadamente GALÁN MUÑOZ señale que “*habiendo de ser, por ello, el resto de las posibles utilidades (p.ej. la de poder hacer cálculos matemáticos complejos o utilizar obras originales de formatos diferentes a aquel para el que se creó el aparato manipulado) muy limitadas*”⁴¹.

Las conductas típicas previstas en este apartado pueden ser varias constituyendo un tipo mixto alternativo en el que la realización de cualquier de ellas configura el tipo penal. Se trata de *fabricar, importar, poner en circulación o poseer*. A estos efectos hay que señalar que la mera posesión sólo podrá considerarse delictiva cuando se realice con *finalidad comercial*, lo que constituye un elemento subjetivo del injusto que permitirá delimitar la desmesurada amplitud típica que se ha incorporado en esta concreta figura delictiva.

5. Tipos cualificados (art. 271 CP)

En este precepto penal se regulan una serie de circunstancias cuya concurrencia determina su consideración como tipo cualificado y la consecuente imposición de una pena más grave, y además cerrará la posibilidad de aplicación del tipo supraprivilegiado contenido en el apartado 4 del art. 270 CP. De este modo, se prevén cuatro circunstancias diversas⁴²:

- a) *El beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial transcendencia económica*. Debe entenderse como referencia al beneficio neto, no al bruto, o al que se habría podido obtener atendiendo a una previsión realista de ventas del producto en cuestión⁴³. Ahora bien, lo que deba considerarse como *especial transcendencia económica* quedará en manos de los Tribunales, aunque sería perfectamente posible considerar que serían de especial transcendencia económica los tipos cualificados previstos para otros delitos patrimoniales, como los 50.000 euros de la estafa⁴⁴.

- b) *Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.* Por lo que se refiere al valor de los objetos producidos parece referirse a aquellos casos de almacenamiento, en los que no llegue a materializarse la efectiva distribución y/o explotación; y la referencia al *perjuicio causado* debe entenderse referido tanto al daño efectivamente ocasionado al titular de las obras o prestaciones como al lucro cesante que se hubiera ocasionado⁴⁵, aunque el legislador nuevamente ha dejado en manos del juzgador la determinación de cual deba ser ese concreto perjuicio.
- c) *Que el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.* Al exigirse la pertenencia, no podrá aplicarse el tipo cualificado cuando se trate de una colaboración puntual con la organización.
- d) *Que se utilice a menores de dieciocho años para cometer estos delitos.* No resulta necesario que estos menores sean utilizados como instrumentos en una concepción típica de autoría mediata, sino que será suficiente con que sean empleados como subordinados de las acciones delictivas realizadas⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN MUÑOZ, en *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa*, 2ª ed., GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, Valencia 2018.
- o *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet*, Valencia 2010.
- GARCÍA ALBERO, “Delitos contra la propiedad intelectual”, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, BOIX REIG (direct.), Iustel, Madrid 2008.
- GÓMEZ RIVERO, “Novedades de la reforma del Código Penal en materia de Propiedad Intelectual e Industrial”, en *Revista General de Derecho Penal*, 21, 2014.
- GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Valencia 2012.
- GÓMEZ TOMILLO, “La autoría y participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet. Especial consideración de

los proveedores de servicios”, en ROMEO/FLORES (editores), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, 2012.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte Especial*, 5ª ed., Valencia 2015.
- NIETO MARTÍN, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. 2, GÓMEZ RIVERO (Direct.), 2ª ed., Tecnos 2015.
- PUENTE ABA, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Revista Penal*, nº 21, enero 2008.
- RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, Valencia 2012.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.), Valencia, 2015.

Notas

1 Cfrs. NIETO MARTÍN, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. 2, GÓMEZ RIVERO (Direct.), 2ª ed., Tecnos 2015, pág. 203.

2 Cfrs. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.), Valencia, 2015, págs. 845 y 846.

3 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, en *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa*, 2ª ed., GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, Valencia 2018, pág. 115.

4 Así, señala GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa*, ibidem que muchos de los tipos penales “establecen expresamente que la presencia del consentimiento o autorización del legítimo titular individual de los derechos de que se trate excluirá automáticamente la tipicidad de la actuación realizada por cualquier tercero sobre ellos, algo que, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto el carácter claramente disponible e individual del valor que estas figuras tratan de proteger y evidencia, por tanto, su naturaleza netamente patrimonial individual”.

5 Así, señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte Especial*, 5ª ed., Valencia 2015, pág. 192 que la regulación anterior al CP de 1995 permitía sostener que junto a la protección de un interés netamente patrimonial, existía también la tutela de un aspecto moral o personal, pero que tras la reforma del 2015 esta posibilidad desaparece de manera que se protege un interés con un carácter exclusivamente patrimonial. En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op., cit., pág. 117; NIETO MARTÍN, *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., pág. 204.

6 Cfrs., en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ibidem; GÓMEZ RIVERO,

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Valencia 2012, págs. 115 y ss.;

7 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa*, op. cit., pág. 117; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 192.

8 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 119 y 120; NIETO MARTÍN, *Nociones fundamentales de Derecho penal*, op. cit., págs. 205 y 206.

9 La transformación de la obra original previa autorización del autor de ésta no constituye delito por cuanto el transformador es legítimamente el titular de sus propios derechos de explotación sobre la obra derivada, cfrs. GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 176 a 178.

10 Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 192 y 194 que el término prestaciones fue introducido por la LO 1/2015 e implica una ampliación del ámbito de aplicación de estas conductas, dado que quedarán incluidas "todas las grabaciones audiovisuales, emisiones y transmisiones realizadas por las entidades de radiodifusión"; en el mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., págs. 852 a 854.

11 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 117.

12 Cfrs. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 194.

13 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 118 y ss.

14 Señala GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 118 que antes de la reforma de 2015, esta modalidad comisiva trató de emplearse para sancionar a quienes hacían copias de CDS de música o de DVDs de películas con el único fin de utilizarlas a título particular sin tener que pagar el coste que tendría su compra o alquiler; sin embargo, señala que tras la reforma queda claro que "este tipo de actividades reproductoras, por más que conlleven un ahorro a quien las realiza, no suponen ningún acto de explotación económica o comercial de la obra en cuestión, con lo que permanecen al margen de este tipo delictivo, pudiendo, sin embargo, llegar a constituir un ilícito civil"; en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 185; GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 170 y ss.

15 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 118 y 119; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 195; GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 178 y ss.

16 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa*, op. cit., pág. 119; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 195 y 196.

17 En este sentido, señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 196 que esta conducta típica incluye la prestación de obras culturales en red a petición del usuario (servicios interactivos a la carta u on demand); RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, Valencia 2012, págs. 284 y ss.

18 Cfrs. GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 117 y ss.; RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, op. cit., págs. 357 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 196; GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, op. cit., pág. 120.

19 Así, vid, por todos, PUENTE ABA, "El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual", en *Revista Penal*, nº 21, enero 2008, págs. 105 y 106.

20 Cfrs. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal Económico y de la empresa*, op. cit., pág. 198; GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 120. A pesar de que parte de la doctrina y la jurisprudencia ha exigido la causación efectiva de un perjuicio, esta interpretación debe descartarse porque ello dejaría al margen del ámbito penal comportamientos como almacenamiento de grandes cantidades de copias ilícitas destinadas a su comercialización, cfrs. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., pág. 859.

21 En relación con el dolo, entiende MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 198 que sería posible admitir el dolo eventual.

22 Con ello se acaba con la tradicional discusión de qué debía entenderse por ánimo de lucro a efectos de este delito respecto a si debía tratarse de un concepto estricto o amplio, vid. al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 196 y 197; NIETO MARTÍN, *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., págs. 210 y 211; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., págs. 854 a 858; GARCÍA ALBERO, "Delitos contra la propiedad intelectual", en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, BOIX REIG (direct.), Iustel, Madrid 2008, págs. 357 a 360.

23 Cfrs. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., pág. 853.

24 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 121, donde afirma que *beneficio directo* sería la venta de copias piratas que hubiese obtenido mediante su reproducción, y *beneficio indirecto*, podríamos encontrarlo en el lucro que pretendería quien comunicase públicamente en una web un contenido de propiedad intelectual in cobrar por ello, pero sí tratando de obtener beneficios por el pago que le harían las compañías publicitarias de dicha página por cada visita que la misma recibiese.

25 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 122 y 123.

26 Cfrs. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 202; GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 123; el mismo, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet*, Valencia 2010, págs. 17 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, "La autoría y participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet. Especial consideración de los proveedores de servicios", en ROMEO/FLORES (editores), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, 2012, págs. 154 y ss.

27 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ibidem.

28 Cfrs. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 202.

29 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal y de la Empresa*, op. cit., pág. 124; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 202 y 203; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., pág. 871.

30 Cfrs. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., págs. 875-877.

31 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 125 a 129.

32 Cfrs. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 204.

33 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 125.

34 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 125. Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 204, sostiene que en relación con la exportación será suficiente con que la conducta se lleve a cabo en contra de la voluntad del titular del derecho de explotación, y, por consiguiente, englobará tanto a los ejemplares obtenidos lícitamente como los ilícitos: en este mismo sentido, vid. RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, op. cit., págs. 517 y ss.

35 Tal como señala GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 126, la incorporación expresa de esta descripción incluirá dentro del ámbito penal las denominadas *importaciones paralelas*, esto es, aquellas realizadas por un sujeto que aprovechando que un producto tiene mejor precio en otro país que el puesto por el distribuidor en España, adquiere tales productos en el extranjero para importarlos y venderlos a menor precio que el existente en España pero mayor que el pagado realmente, obteniendo con ello un beneficio patrimonial que conllevaría un perjuicio económico para el titular de los derechos de dichos productos en España. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 204 y 205.

36 Ello implica, como señala GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 126 que no podrá apreciarse la concurrencia de esta conducta típica en aquellos casos en los que la desprotección realizada se llevase a cabo simplemente para disfrutar de la copia realidad sin efectuar que pago que correspondería a su titular, pero sin intención de comercializarla.

37 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 127.

38 Es por ello que sostiene este autor, *ibidem*, que a diferencia de la modalidad prevista en la letra c), en este tipo penal no se contempla ningún acto preparatorio de ninguno de los delitos contenidos en el art. 270 CP, sino una conducta totalmente autónoma que entrará en concurso de delitos con los delitos contra la propiedad intelectual que se llegasen a producir.

39 Así, entienden que se trata de un claro exponente de la vulneración de los principios básicos del Derecho Penal como el de lesividad o proporcionalidad, RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, op. cit., págs. 542 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 235 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 206; GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 127.

40 Cfrs. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "Delitos contra la propiedad intelectual", op. cit., pág. 885; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 207. Considera acertada esta modificación, GÓMEZ RIVERO, "Novedades de la reforma del Código Penal en materia de Propiedad Intelectual e Industrial", en *Revista General de Derecho Penal*, 21, 2014, pág. 10.

41 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., p. 127.

42 Vid. en relación con estas circunstancias, GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, op. cit., págs. 244 y ss.; RODRÍGUEZ MORO, *Tutela de la propiedad intelectual*, op. cit., págs. 559 y ss.

43 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 129.

44 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Ibidem*; sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 209 hace referencia a los 36.000 euros indicados por la jurisprudencia en relación con el delito de hurto.

45 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 130.

46 Cfrs. GALÁN MUÑOZ, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., pág. 131.

Estados Unidos

Victor Lloyd

Transatlantic Security Solutions. www.Globalconsultantgrouppllc.com email: TSS@TSS-Intl.org

Theresa Griffiths

Global Security Alliance LLC. www.ablenterprises.org email: Theresa@ABLEnterprises.org

Each year legitimate businesses lose billions in revenue to Intellectual Property (IP) thieves, who steal individuals and companies' creative impressions and ideas. Companies not only lose billions in revenue and suffer reputational damage, but consumers are consequently negatively impacted by being forced to pay increasing prices for legitimate products, and risk increase exposure to market saturation of inferior or unsafe products.

So exactly what is Intellectual Property? Article 1, Section 8 of the U.S. Constitution, states the United States Congress shall have power "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." Therefore, IP can be defined as intangible creations of the human intellect; such as copyrights, patents, trademarks, trade secrets, publicity rights, moral rights, and rights against unfair competition.

But why should the average consumer care if their next-door neighbor was able to get a "great deal" on a counterfeit Gucci Bag purchased from the back of a van? Well, it's not just counterfeit bags, watches and

sneakers that are for sale, but also products that can impact consumers' health and safety, such as counterfeit drugs, aircraft, car, and electronic parts. Now take a moment to think, what if from the back of that van, your child's counterfeit asthma medication made it to the shelves of your local drugstore, or from that same van came the bolts that hold the engines onto the wing of the aircraft you just boarded? The Nigerian Institute of Pharmaceutical Research has determined that 80 percent of drugs in the major pharmacies in Lagos, Nigeria are counterfeit. Recently, 100 children died in Nigeria when their cough medicine was actually antifreeze (*Nigeria Reaffirms Efforts to Eliminate Fake Drugs*, "Xinhua General News Service, February 13, 2003). In China, it was estimated 192,000 died using counterfeit drugs in 2001 (*Goodman, Peter S., "China's Killer Headache: Fake Pharmaceuticals," Washington Post Foreign Service, August 30, 2002. Retrieved February 12, 2004, from <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A13785-2002Aug29>*). For those ready to attribute a lack of controls in Africa and China as contributing factors to these tragic deaths, and that it could never happen in our Western society; well the U.S. Food and Drug Administration estimates 15 percent of the pharmaceuticals that enter the United States each year are fakes. Are you still thinking this is not a big deal?

OK, so most can agree on the dangers of counterfeit; pharmaceuticals, airbags and aircraft parts but what impact does IP theft have on society for piracy of intangibles such as music or software, where it is estimated that up to one-third of software products and music CDs are thought to be fake? Well, it is estimated that counterfeiting and piracy cost the U.S. economy alone more than \$250 billion in lost revenue and approximately 750,000 jobs every year, according to one estimate (*Counterfeiting and Piracy: How Pervasive Is It? Electrical Contractor Magazine*). However, the impact is not just economic; profits from illegal sales of counterfeited goods have also been traced to the funding of terrorist activities and other organized crime.

Now that we have concluded IP theft is not a victimless crime, what's being done to combat it? The solution is just as complex as the problem, with the advent of digital technology and often lax unenforceable international laws where much of IP theft occurs, the crime each year has become increasingly prolific. The Department of Justice recently announced a new strategy that involves partnering more closely with businesses in an effort to combat these types of crimes more effectively. The Federal Bureau of Investigation (FBI) working with its investigative partners at the National

Intellectual Property Rights Coordination Center (NIPRCC) now plays an integral part in this strategy. The mission of the NIPRCC is to ensure the protection of the public's health and safety, the U.S. economy, and to stop predatory and unfair trade practices that threaten the global economy. To accomplish this goal, the IPR Center has brought together multiple federal agencies, along with Interpol, Europol and the governments of Canada and Mexico, in a task force setting. This task force structure enables the NIPRCC to effectively leverage the resources, skills, and authorities of each partner and provide a comprehensive response to IP theft.

(*What we Investigate. <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime/piracy-ip-theft>*).

However, for these cases to be subject to even criminal misdemeanor copyright infringement prosecutions, there is a requirement that the infringer acted "for the purpose of commercial advantage or private financial gain." 17 U.S.C. § 506(a). In these cases, the government must establish that the defendant willfully infringed for the infringer to face a maximum sentence of up to one year in prison. The range of penalties which can be imposed under copyright felony codes 18 U.S.C. § 2319(b), and 18 U.S.C. § 2320 (trafficking goods or services and knowingly using a counterfeit mark on or in connection with such goods or services) depends on the egregiousness of the offense, with imposed imprisonments of up to 10 years, and/or fined and restitution (*Criminal Copyright Law in the United States. https://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_Copyright_Law_in_the_United_States*).

While some estimates suggest criminal convictions for intellectual property violations have increased 60% over the last decade, the number of actual convictions is relatively low and the likelihood of the offenders receiving a prison sentence is even significantly lower. Therefore, is not uncommon for these matters to be handled civilly, where civil copyright infringement is a strict liability offense, and offenders can be "innocent" of intent to infringe, or culpable of being an "ordinary" infringer or a "willful" infringer.

Innocent infringers are those who are "not aware and had no reason to believe that their acts constituted an infringement of copyright," which implies that some degree of negligence or knowledge is required for ordinary civil infringement. Willful infringement, by extension, requires a higher degree of culpability. The degree of knowledge or "willfulness" required for civil liability for copyright infringement is rather low and undefined. No knowledge or intent is strictly necessary for a finding of civil infringement, insofar

as it is a strict liability offense. While in certain cases, there are indications that willful infringement in a civil suit requires some knowledge that the defendant knew their actions constituted copyright infringement or acted with a reckless disregard for the copyright holder's rights" (*Criminal Copyright Law in the United States*. https://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_Copyright_Law_in_the_United_States).

In the United States, the responsibility for investigating IP crimes has been entrusted to the FBI. Co-founder of Global Security Alliance, Retired Special Agent (SA) Theresa Griffiths, led the FBI's investigative efforts against IP theft, for the FBI's Miami Division. While SA Griffiths was able to bring several cases before the U.S. Attorney's office for successful federal prosecution, as previously mentioned, many IP theft cases often are enforced primarily through civil action, in lieu of criminal prosecution. This is often due to their international nexus and lax international laws, or a lack of international cooperation.

Three federally prosecuted IP Theft cases in which SA Griffith led the investigative efforts for the FBI highlights the fact that successful prosecutions and the dismantlement of these criminal enterprises are possible:

The case of U.S. vs CHEN SUN involved approximately \$90 million USD in counterfeit music CDs, sold in various stores throughout the United States. The subjects manufacture the counterfeit CDs using machines smuggled in from China to South Florida, where the CDs were duplicated, shipped to Panama for packaging and subsequently labeled as toys to bypass Customs for shipping back to the U.S. The subjects were indicted for violating copyright and trademark laws and their criminal enterprise dismantled.

Another investigation targeted the growing problem of counterfeit computer software, which represented a retail value of \$1.5 million USD. The subjects who created a legitimate company, bundled several counterfeit software programs together and sold them as a package. The legitimate packages which would have retailed for \$10,000, were sold for \$50. The owners and the company were indicted for violating copyright and trademark laws. Eventually, in the face of overwhelming evidence, the owners pled guilty to trademark violations and were sentenced to 1 year in federal prison.

The case of U.S. vs. RUSSOLILLO involved counterfeited high-end hair care products with a retail value of \$5 million USD. This case highlighted the dangers of counterfeit products entering the commerce. Samples tested by the Environmental Protection Agency,

determined the products contained dangerous levels of bacteria, resulting in scalp infections. The owners and their company were charged with more than 20 counts of conspiracy, trademark, Customs, FDA and EPA violations. Facing 10 years in prison, Russolillo provided the names of his co-conspirators, which resulted in eight additional indictments and the locations of caches of additional counterfeit merchandise. Due to his cooperation, Russolillo was allowed to enter into a plea agreement and was sentenced to 2 1/2 years in federal prison and ordered to pay restitution to the victim companies, plus court fees.

Each of these investigations involved highly experienced investigators and sophisticated investigative techniques involving; the cooperation of foreign law enforcement agencies, undercover Agents, Cooperating Informants, surveillances, dumpster diving, searches, and telephone wiretaps, in order to recognize their successful resolutions. Highlighting the resources, investigative efforts and cooperation to combat this growing problem.

Italia

Monica Roncati

Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto Penale, Docente a Contratto presso Unimore

In via preliminare, è doveroso prendere le mosse da alcune precisazioni terminologiche, stante l'assenza, nel diritto penale italiano, di un Capo o di un Titolo del Codice Penale o di una normativa extracodificativa racchiudente i delitti contro la proprietà intellettuale talché tali reati sono ricercati dall'interprete che deve, pertanto, aver contezza di cosa si intenda per proprietà intellettuale¹.

Ebbene, le due grandi categorie di creazioni intellettuali previste dall'ordinamento sono le opere dell'ingegno e le invenzioni industriali, ossia le idee creative, rispettivamente, nel campo culturale e in quello della tecnica. Per l'esattezza, le opere dell'ingegno formano oggetto del cosiddetto diritto d'autore, che trova un suo referente anche penale nella, più volte modificata, legge n. 633 del 22 aprile 1941 (cosiddetta legge d'autore, l.a.); le invenzioni industriali formano oggetto di brevetto per invenzioni industriali ovvero per modello di utilità, la cui disciplina nazionale attuale di riferimento è data dal meglio noto Codice della Proprietà Industriale (c.p.i.), introdotto con la legge n. 30 del 10 febbraio 2005².

Posta questa precisazione, vista la destinazione comparatistica del presente contributo e stante l'assenza di una definizione precisa di proprietà intellettuale, si deve evidenziare che l'appena menzionato c.p.i. racchiude, altresì, le disposizioni in tema di segni distintivi, tra cui, *in primis*, il marchio sicché pare logico trattare —anche alla luce della coincidenza di alcune fattispecie e dello *status quo* del diritto penale sul punto— dei delitti contro la proprietà industriale ed intellettuale e del diritto penale d'autore.

Così definito l'oggetto di studio, i delitti a tutela della proprietà industriale e intellettuale sono contenuti negli articoli 473, 474, 514, 517 del Codice Penale, disposizioni qualificabili come un vero e proprio microsistema che si fonda su due poli³.

Procedendo con ordine, l'esame del primo polo si concentra sugli artt. 473 e 474 c.p. e deve essere condotto in modo unitario⁴. Collocati tra i delitti contro la fede pubblica e rubricati, rispettivamente, *Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni* e *Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi* sono posti, secondo l'opinione maggioritaria, a tutela della fiducia che il pubblico indeterminato dei consumatori ripone nella genuinità dei segni distintivi e delle opere dell'ingegno⁵. A tale riguardo, infatti, si rammenta che il segno distintivo è un'entità capace di caratterizzare un prodotto e di distinguerlo dagli altri analoghi di diversa provenienza sicché è ciò che consente al consumatore di individuare e di localizzare il prodotto come proveniente da una determinata impresa, nonché di attribuire conseguentemente meriti e demeriti premiando così gli imprenditori più competitivi. Dal punto di vista delle condotte incriminate, si è in presenza di un'ampia protezione del bene giuridico, in quanto il codice sanziona, all'art. 473 c.p., la contraffazione, che consiste nel far assumere al marchio falsificato caratteristiche tali da ingenerare confusione sulla provenienza del prodotto, l'alterazione, con cui si intende la modificazione parziale di un marchio genuino, ottenuta mediante l'eliminazione o l'aggiunta di elementi costitutivi, e l'uso del segno; ancora, in modo sussidiario rispetto all'art. 473 c.p., l'art. 474 c.p. persegue, al primo comma, l'introduzione nel territorio nazionale di prodotti industriali con marchi o segni distintivi nazionali o esteri, contraffatti o alterati, intendendo con ciò l'azione di chi fa giungere nel territorio dello Stato i prodotti con segni contraffatti o alterati, provenienti da un Paese estero. A sua volta, in modo sussidiario rispetto al primo comma, il secondo comma della medesima disposizione punisce la detenzione per la vendita, ossia la disponibilità

di fatto, anche temporanea, e a qualsiasi titolo del prodotto allo scopo della vendita e la messa in vendita o altrimenti in circolazione⁶. Il giudizio di confondibilità, che è alla base della contraffazione, in un primo e lungo momento, era condotto dalla giurisprudenza comparando in modo rigoroso il marchio genuino e il marchio da comparare (esame sintetico ed analitico); solo recentemente e successivamente, ovviando così ad un'applicazione restrittiva della norma, la confondibilità è stata valutata tenendo in considerazione l'impressione di insieme del segno alla luce della specifica categoria dei consumatori cui è destinato, oltre agli elementi di similitudine e quelli distintivi (esame sintetico)⁷. Infine, si deve tenere conto della precisazione contenuta nell'inciso "i delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale ed industriale", in quanto, così disponendo, l'oggetto materiale delle condotte sanzionate è circoscritto ai soli prodotti con marchi registrati e, pertanto, la tutela è subordinata all'adempimento della presentazione della domanda di registrazione. Ciò significa che il marchio di fatto, qualificato così perché privo della registrazione, non è tutelato dagli artt. 473 e 474 c.p.⁸. Da ultimo, in ordine all'elemento soggettivo, al dolo generico previsto dal delitto di *Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni* si contrappone quello specifico, imperniato sulla finalità di trarre profitto, previsto dal delitto di *Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi*.

Per quanto riguarda, invece, il secondo polo del microsistema, l'attenzione va posta sui delitti di cui agli artt. 514 e 517 c.p.⁹; collocati tra i delitti contro l'economia pubblica e rubricati *Frodi contro le industrie nazionali* e *Vendita di prodotti industriali con segni mendaci*, sono, per l'appunto, posti a tutela dell'ordine economico¹⁰. Più precisamente, il delitto di frodi contro le industrie nazionali sanziona, similmente all'art. 474 c.p., la condotta di messa in vendita o altrimenti in circolazione di prodotti con nomi e marchi e segni distintivi *non autentici*. In altre parole, in detta disposizione, la non autenticità si traduce nelle commercializzazione di segni contraffatti o alterati talché la contraffazione e l'alterazione non sono direttamente incriminate, ma rappresentano un presupposto della condotta stessa. Il delitto in esame presenta, tuttavia, una particolarità, che risiede nella necessità che le condotte siano tali da cagionare un nocumento all'industria nazionale, e cioè si tratta di un reato di evento. Se ciò consente sicur-

mente di distinguerlo dall'art. 474 c.p., tale *gigantismo strutturale* ne segna la scarsa se non nulla applicazione giurisprudenziale, anche alla luce del *deficit* di tassatività insito nello stesso termine nocumento¹¹. La messa in vendita o altrimenti in circolazione di opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri è la condotta incriminata anche dal delitto di *Vendita di prodotti industriali con segni mendaci*, di cui all'art. 517 c.p., incriminazione che ha carattere sussidiario e si applica a condizione che il fatto non sia previsto come reato da altra disposizione tra cui i delitti soprammenzionati. La condotta deve però presentare una particolare modalità, ossia l'attitudine ad indurre in inganno il consumatore o compratore sull'origine, la provenienza o la qualità dell'opera o del prodotto¹².

Per completezza, prima di procedere alla disamina della tutela penale dell'opera dell'ingegno, si dà atto del delitto di rivelazione di segreti scientifici o industriali, di cui all'art. 623 c.p., che punisce chiunque riveli o impieghi a proprio o altrui profitto notizie destinate a rimanere segrete o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali di cui sia venuto a conoscenza per ragione del suo stato o ufficio o della sua professione o arte¹³. La decisione di spendere alcune parole su detta disposizione è fondata non solo sull'esistenza di tale delitto, bensì dalla circostanza che il Codice della Proprietà Industriale rechi, agli artt. 98 e 99, la definizione e la tutela dei segreti commerciali, ossia di quelle informazioni aziendali ed esperienze tecnico-industriali non note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore, dotate di valore economico in quante segrete e sottoposte a misure adeguate per mantenere la loro segretezza¹⁴. L'art. 623 c.p. è collocato tra i delitti contro la persona e, più precisamente, tra i delitti contro la inviolabilità dei segreti e tutela, secondo l'orientamento, che va consolidandosi, l'interesse patrimoniale allo sfruttamento economico esclusivo dell'innovazione¹⁵. La condotta incriminata risiede nella rivelazione o nell'impiego a proprio o altrui profitto di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni, notizie che altro non sono che i segreti commerciali di cui al Codice della Proprietà Industriale¹⁶.

In relazione, invece, alla tutela penale dell'opere dell'ingegno la disciplina di riferimento è contenuta negli artt. 171-174 *quinquies* della legge n. 633 del 22 aprile 1941, recante disposizioni per la protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l.a.)¹⁷. La collocazione dei delitti nelle legge d'autore va sottolineata anche alla luce della circostanza che le

fattispecie penali in tema di violazione di diritto d'autore si caratterizzano per il costante riferimento alle disposizioni civilistiche, contenute nella medesima normativa. In altri termini, la verifica preliminare della sussistenza e dei limiti del diritto d'autore è indispensabile per comminare una sanzione penale¹⁸. Ciò non deve stupire in quanto la tutela del diritto d'autore è stata concepita in modo unitario a differenza della tutela delle invenzioni industriali e dei segni distintivi, caratterizzata questa per la sola evoluzione della normativa civilistica senza coordinamento alcuno con le succitate fattispecie penali. Nel dettaglio, l'art. 171 l.a. punisce chiunque, senza averne diritto e per qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, tenga determinate condotte aventi come oggetto opere dell'ingegno *altrui* talché il soggetto attivo non può essere il titolare del diritto d'autore, intendendosi per quest'ultimo, sempre sulla base delle disposizioni civilistiche, il creatore dell'opera¹⁹. In modo simile, anche per l'individuazione delle opere protette è necessario fare riferimento a quelle tutelate dalla legge d'autore, ossia le opere di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Non si può non dare atto che non è pacifico se detto elenco sia esemplificativo o esaustivo e che la questione non sia secondaria alla luce de principio di tassatività²⁰. Le condotte incriminate sono previste dalla lettera *a*) alla lettera *f*) e consistono, sinteticamente, nella riproduzione, trascrizione, vendita o messa altrimenti in circolazione, rivelazione del contenuto inedito, nonché nella messa a disposizione al pubblico mediante immissione in un sistema di reti telematiche. Si precisa che la pena prevista è della sola multa, a cui si aggiunge la reclusione fino ad un anno allorquando ricorra la circostanza aggravante di cui all'art. 171, terzo comma, l.a. che dispone, per l'appunto, anche la pena detentiva allorquando le condotte soprammenzionate abbiano ad oggetto un'opera altrui non destinata alla pubblicità ovvero siano poste in essere con usurpazione della paternità dell'opera ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa con offesa all'onore o alla reputazione dell'autore. Per meglio comprendere le condotte sanzionate, è utile operare, sinteticamente, un parallelismo tra diritti tutelati dalla norma civile ed illiceità penale corrispondente alla violazione; difatti, il diritto esclusivo dell'autore di pubblicare l'opera implica che la rivelazione dell'inedito, posta in essere con ogni mezzo idoneo all'uopo, costituisca un illecito penale sanzionato; similmente, il diritto esclusivo dell'autore di utilizzazione economica

dell'opera in ogni forma o modo comporta che la riproduzione, e cioè la moltiplicazione in copie dell'opera con qualsiasi mezzo, non autorizzata sia sanzionata penalmente; ancora, la legge d'autore riserva in capo all'autore i diritti esclusi di recitazione in pubblico e di diffusione dell'opera sicché la recitazione in pubblico e la diffusione in pubblico non autorizzate sono sanzionate penalmente; e ancora, al diritto esclusivo dell'autore di mettere in commercio ovvero di porre in circolazione a scopo di lucro l'opera e gli esemplari della stessa corrisponde l'incriminazione della vendita o messa altrimenti in circolazione, e così via ragionando in modo simmetrico. Le condotte sanzionate conservano la loro rilevanza penale anche quando siano realizzate mediante un'elaborazione di carattere creativo ai sensi dell'art. 171, lett. c), i.a., in quanto il diritto di elaborare la propria opera spetta nuovamente ed esclusivamente in capo all'autore²¹. Le modifiche degli ultimi anni alla legge d'autore hanno seguito l'evoluzione tecnologica: più precisamente, l'avvento dei programmi per elaboratori o software, ivi incluse le banche dati, ha dettato l'introduzione dell'art. 171bis i.a. ad opera del decreto legislativo n. 518 del 29 dicembre 1992; in modo analogo, la diffusione di tecnologie che consentono la facile duplicazione e riproduzione di opere cinematografiche o fonografiche o letterarie (fenomeno noto laicamente come pirateria) ha portato all'introduzione dell'art. 171ter i.a con il decreto legislativo n. 685 del 16 novembre 1994; infine, l'uso di internet ha generato il fenomeno della messa a disposizione del pubblico di un'opera dell'ingegno, mediante connessioni di qualsiasi tipo, talché con legge n. 43 del 31 marzo 2005 si è provveduto ad introdurre la lettera *a-bis* all'art. 171, primo comma, i.a.. È logico, pertanto, che ogni modifica normativa, intervenuta per reprimere avvenimenti diffusi, abbia sanzionato una vasta pluralità di comportamenti al fine di garantire la massima tutela. Tuttavia, anticipando quanto si dirà di seguito, la previsione incriminatrice di svariate condotte non ha avuto l'effetto di contenere il fenomeno delle riproduzioni abusive e, più in generale, delle violazioni del diritto d'autore²².

Per quanto qui rileva, lo stato del diritto penale in tema delitti a tutela della proprietà intellettuale è così sintetizzabile: in primo luogo, è necessaria operare una precisa definizione di cosa si intenda per proprietà intellettuale, in assenza di una chiara e precisa indicazione ricavabile dalle leggi civilistiche, risolvendo, in altri termini, l'interrogativo se la proprietà intellettuale coincida con le sole opere dell'ingegno ovvero includa anche le invenzioni industriali, con la conseguenza, in questa situazione, che non è possibile scindere chiara-

mente la tematica da quella dei segni distintivi. Secondariamente, anche alla luce del principio di riserva di codice²³, è necessario ripensare al microsistema indicato sia a livello di descrizione delle fattispecie (principio di tipicità), per renderlo più corrispondente alle definizioni indicate nel Codice della Proprietà Industriale, sia a livello di collocazione sistematica all'interno del Codice Penale in un capo autonomo, con un'oggettività giuridica palesata. In terzo e ultimo luogo, in ossequio sempre al principio di riserva di codice, è doveroso che le disposizioni penali in tema di tutela penale del diritto autore siano collocate all'interno del Codice Penale e sia operata una semplificazione delle stesse, stante la stratificazione di un susseguirsi di interventi modificatori. Infine, sempre traendo spunto dalla non efficacia deterrente, latente nel diritto d'autore, della previsione di una disposizione incriminatrice è utile aprire un dibattito su come sia possibile prevenire la violazione di tali diritti in una prospettiva europea.

Note

1 La dottrina cerca di definire i contorni indefiniti del diritto penale industriale, individuandoli nella repressione penale della concorrenza sleale, nella tutela penale dei segni distintivi, nonché in quella delle creazioni intellettuali. A tale riguardo, si vedano: BOCCHINI, LEMME, ROSSI VANNINI, COCCO, *Il diritto penale industriale*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, V, Padova, 1993, 1 ss, i quali ricomprendono nel *diritto penale industriale* la repressione penale della concorrenza sleale, la tutela penale dei segni distintivi, nonché quella delle creazioni intellettuali; ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 979, il quale vi include i temi della tutela penale dei segni distintivi e dei *software*; ALESSANDRI, *Diritto penale industriale, orientamenti giurisprudenziali negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1979, 1431 ss 1433; PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, 2003, IV, 351-416, il quale, in diversi scritti, trattando del *diritto penale dell'economia*, affronta gli argomenti della tutela penale della denominazione di origine, della tutela penale del marchio, della repressione della frode e degli aspetti penalistici del diritto d'autore; GRAMATICA, *Lineamenti di un diritto penale industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1967, I, 222, il quale, in modo originale, ricerca le norme penali che concernono l'industria sia nel Codice penale sia nelle legislazioni extra codicistiche.

2 Sul punto, *cfr.*, in modo esaustivo per una visione d'insieme schematica, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1. *Diritto dell'impresa*, in CAMPOBASSO M. (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2006, 191-216.

3 Da ultimo, nella dottrina italiana, si veda VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, Pisa University Press, 2018. Si tenga presente, inoltre, che, dall'entrata in vigore del Codice di Proprietà industriale fino all'intervento ad opera della legge n. 99 del 23 luglio 2009, il quadro normativo era addirittura reso più complesso dalla presenza di sanzioni penali contenute all'art. 127, primo comma, cpi, a tenore del quale: "Salva l'applicazione degli articoli 473, 474 e 517 del codice penale, chiunque fabbrica, vende, espone, adopera industrialmente introduce nello Stato oggetti

in violazione di un titolo di proprietà industriale valido ai sensi delle norme del presente codice, è punito, a querela di parte, con la multa fino a 1.032,91 euro". Se, da un lato, è indubbiamente meritevole di lode lo sforzo che il legislatore ha compiuto per descrivere le condotte in maniera più tassativa di quanto non sia stato fatto nel Codice Rocco agli artt. 573, 474 e 514 cp; dall'altro lato, se la norma fosse ancora vigente, sussisterebbero problemi di concorso di reati rispetto agli artt. 473, 474 e 514 cp, sin dalla sua prima lettura, come una superfetazione di un impianto normativo complesso e non compiuto. Basti considerare che le prime interpretazioni della norma individuavano l'oggettività della fattispecie nella tutela del diritto patrimoniale, di proprietà, del titolare dei segni distintivi. A tal proposito, un quadro delle problematiche è ben tracciato da RONCAGLIA, *Capacità distintiva e confondibilità ai fini della tutela penale*, in *Dir. ind.*, 2007, 97 ss.

4 A tal riguardo, *cfr.*, in dottrina: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 1*, Bologna, 2008, 565; ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1439; ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1993, IV, 140; GUALTIERI, art. 473 e 474 cp, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2235-2236.

5 Sul punto, si precisa che, ad avviso di una parte della dottrina e della giurisprudenza, oltre alla suddetta fiducia del consumatore nella genuinità del segno, le fattispecie sarebbero poste a tutela dell'interesse dell'imprenditore titolare del segno distintivo; si vedano, in particolare, ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1441; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 140; BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1965, 722 ss 745, il quale afferma che oggetto di tutela è "l'interesse del produttore concorrente alla genuinità del marchio ovvero che non vengano messi in circolazione prodotti recanti segni distintivi non corrispondenti alla reale origine, provenienza e qualità dell'oggetto in commercio"; DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, in *Cass. pen.*, 1986, 840; SVARIATI, *A proposito della fattispecie prevista e punita dall'art. 473 c.p. con particolare riguardo al giudizio di confondibilità tra simboli ai fini di una corretta valutazione del "grado" di contraffazione del marchio registrato*, in *Giur. merito*, 1989, 938, la quale non ha dubbi sul fatto che si tratti di un reato plurioffensivo; CAMALDO, *Una recente pronuncia della Cassazione sul "falso grossolano" nella contraffazione di marchi: un orientamento criticabile*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 215.

6 Sul punto si rinvia alla medesima bibliografia indicata in nota n. 4.

7 La questione è approfondita da ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 989, nonché da, LEO, *Utilizzazione "seriale" del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, in *Cass. pen.*, 1987, 1880-1881.

8 In ordine a tale tematica, si rinvia, inoltre, a GIRALDI, *Profili penali in materia di tutela dei marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 21.9. In tema di artt. 514 e 517 c.p. si vedano, *ex plurimis*, PEDRAZZI, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XIV, 356 ss, MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 52 ss e ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 220-221. Inoltre, *cfr.* ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 993 ss, SVARIATI, *Contraffazione di marchio e vendita di prodotti con segni mendaci*, in *Giur. merito*, 1991, 847. Ancora *cfr.* LEO, *Utilizzazione "seriale" del*

marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione, cit., 1882, GUALTIERI, art. 517 cp, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2555-2556, CESQUI, art. 514 cp, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2972, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 1*, cit., 633-634 e 662-664. A tal proposito, si tenga presente che le fattispecie in esame sono interessate dal *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, nonché *Schema di disegno di legge recante: "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"* del 14 ottobre 2015 ad opera della Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare indetta con DD.MM. 20.4.2015, 30.4.2015 e 31.7.2015 e presieduta dal dott. Gian Carlo CASELLI, in *www.dirittopenale-contemporaneo.it*. Per quanto qui rileva, l'art. 517 c.p. diverrebbe una disposizione posta a tutela del patrimonio agroalimentare e incriminerebbe la vendita di alimenti, e non più genericamente prodotti, con segni mendaci. La riforma, invero, coinvolge anche gli artt. 473 e 474 c.p., le cui condotte sarebbero ampliate dall'introduzione della usurpazione, ossia della produzione di un bene conforme, ma in difetto di autorizzazione.

10 L'ordine economico nazionale è una formula vaga, la cui esegesi ha impegnato la dottrina da sempre. La più efficiente accezione del termine è quella secondo cui l'ordine economico ricomprende la correttezza e la probità degli scambi e dei rapporti economici, avendo cura tanto alla generalità dei consumatori dal pericolo di inganni sull'origine, sulla provenienza e sulla qualità dei prodotti quanto agli imprenditori concorrenti che operano correttamente. A tal proposito, *cfr.* ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1462-1463, a cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali, e ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 188-190, PEDRAZZI, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, cit., 279.

11 Sul gigantismo strutturale, *cfr.* sempre ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, 189.

12 Sul punto, si rinvia alla dottrina indicata in nota 10.

13 Sul reato di rivelazione di segreti scientifici ed industriali, si vedano diffusamente MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979, 1 ss. e, più recentemente, GIAVAZZI, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 2012, 1 ss.

14 Esaustivamente, *cfr.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 112-115. In diritto penale, sulla nozione di segreto *cfr.* COCCO, *Tutela penale delle creazioni intellettuali*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, cit., 269-272 e GARGIULO, art. 623 c.p., cit., 739-741, che, in ordine all'estensione della tutela della ricerca scientifica, ricorda come vi sia dibattito se essa riguardi solo i risultati della ricerca scientifica o dell'attività inventiva pervenuti ad un certo livello di completezza ed organicità, espresso dalle locuzioni *scoperte e invenzioni* ovvero anche quelli ancora ricompresi nella fase di studio e progettazione iniziale. Si può affermare che non vi rientrano le fasi iniziali della ricerca e dell'abbozzo delle idee inventive, dovendo le stesse aver raggiunto un apprezzabile livello di interesse, sia pur minimo, che le faccia ritenere meritevoli di tutela, sulla base di un accertamento da effettuarsi in concreto.

15 Sulle questioni circa il bene tutelato dalla norma si consultino: LAGO, art. 623 cp, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., III, 714-715, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, Bologna, 2008, 278-279, COCCO, *Tutela penale delle creazioni intellettuali*, cit.,

261-262, LOTTINI, *I delitti contro l'inviolabilità dei segreti*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Torino, XI, 692-693.

16 Sulle condotte e sul loro oggetto si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, cit., 279; LAGO, *art. 623 cp*, cit., 717-723 e COCCO, *op. ult. cit.*, 266 e 272.

17 Ancorché non recentemente *cf.* COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, cit., 341-388, PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1969, 683; da ultimo, MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore: le fattispecie incriminatrici e le altre disposizioni penali*, Milano, 2008, TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, 2006 e COLUCCI, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Torino, 1996.

18 In tal senso, COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, cit., 341.

19 La questione dell'individuazione dell'autore dell'opera d'ingegno non è pacifica, in quanto i diritti d'autore si dividono in diritti morali, spettanti sempre al creatore e all'autore dell'opera, e diritti patrimoniali, che possono spettare ad un soggetto diverso dal creatore dell'opera, quale, ad esempio, il datore di lavoro, ovvero essere ceduti dal creatore a terzi in forza di un contratto. Pertanto, potrebbe verificarsi il problema di applicabilità della fattispecie a tutela dei diritti patrimoniali quando l'autore della violazione sia il creatore che non ha la titolarità dei diritti patrimoniali. Allo stato attuale, l'orientamento maggioritario propende per la soluzione negativa a tale problema. In tal senso, sempre, COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, cit., 345.

20 Ancora, COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, cit., 345.

21 Sulle condotte sanzionate, ampiamente, COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, cit., 356-388.

22 In tal senso, anche, COCCO, *La tutela del diritto d'autore e del software*, cit., 361.

23 Sul principio di riserva di Codice, *cf.* magistralmente DONINI, *La riserva di codice (art. 3 - bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionale. Apertura di un dibattito*, in *La legislazione Penale* (www.lalegislazionepenale.eu) 20 novembre 2018.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío

mvidaurri@delasalle.edu.mx

México

En la materia concerniente a este reporte cabe mencionar al menos tres instrumentos legales: la Ley Federal de Derechos de Autor, el Código Penal Federal y la Ley Federal de Propiedad Industrial.

1. **LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR** (en adelante LFDA) establece las cláusulas generales sobre el tema. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1996, con reformas

recientes el 15 junio del 2018, la LFDA es reglamentaria del artículo 28 constitucional, teniendo como objetivos la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videoogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual (art. 1).

La misma LFDA determina (art. 2) que sus disposiciones son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional. La aplicación de sus contenidos corresponderá al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor y, en los casos previstos por esta Ley, del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. En su artículo 4 se enlistan las obras que son objeto de protección, bajo la siguiente estructura: **A. Según su autor:** **I.** Conocido: Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor; **II.** Anónimas: Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación, y **III.** Seudónimas: Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor; **B. Según su comunicación:** **I.** Divulgadas: Las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma; **II.** Inéditas: Las no divulgadas, y **III.** Publicadas: **a)** Las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra, y **b)** Las que han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares; **C. Según su origen:** **I.** Primigenias: las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que, estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad, y **II.** Derivadas: Aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia; **D. Según los creadores que intervienen:** **I.** Individuales: Las que han sido creadas por una sola persona; **II.** De colaboración: Las que han sido creadas por varios

autores, y **III**. Colectivas: Las creadas por la iniciativa de una persona física o moral que las publica y divulga bajo su dirección y su nombre y en las cuales la contribución personal de los diversos autores que han participado en su elaboración se funde en el conjunto con vistas al cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de ellos un derecho distinto e indiviso sobre el conjunto realizado.

Muy puntual es la declaración contenida en el art. 5, respecto de que la protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión, y se agrega que el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna. Y destaca lo señalado en el art. 7. Donde se dispone que los extranjeros autores o titulares de derechos y sus causahabientes gozarán de los mismos derechos que los nacionales, en los términos de la presente Ley y de los tratados internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.

La LFDA define al derecho de autor (art. 11) indicando que es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial. Ahora bien, los derechos de autor a que se refiere esta Ley (art. 13) se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas: I. Literaria; II. Musical, con o sin letra; III. Dramática; IV. Danza; V. Pictórica o de dibujo; VI. Escultórica y de carácter plástico; VII. Caricatura e historieta; VIII. Arquitectónica; IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales; X. Programas de radio y televisión; XI. Programas de cómputo; XII. Fotográfica; XIII. Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y XIV. De compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual.

En su art 14 la LFDA indica los casos de excepción, aclarando que las obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas o transmitidas por radio, televisión u otros medios de difusión no pierden por ese hecho la protección legal. Y en su numeral 15 de-

talla los actos a través de los cuales pueden hacerse del conocimiento del público las obras (divulgación, publicación, comunicación pública, ejecución o representación pública, distribución y reproducción). Las obras protegidas por esta Ley que se publiquen, deberán ostentar la expresión “Derechos Reservados”, o su abreviatura “D. R.”, seguida del símbolo; el nombre completo y dirección del titular del derecho de autor y el año de la primera publicación. Estas menciones deberán aparecer en sitio visible. La omisión de estos requisitos no implica la pérdida de los derechos de autor, pero sujeta al licenciatario o editor responsable a las sanciones establecidas en la LFDA (art. 17). Por lo demás, quedan establecidos en la LFDA los Derechos morales (artículos 18 a 23), los derechos patrimoniales (artículos 24 a 29). La transmisión de los derechos patrimoniales queda regulada por los artículos 30 a 41).

Otros apartados importantes de la LFDA son los relacionados con los contratos de edición de obra literaria; de edición de obra musical; de representación escénica; de radiodifusión; de producción audiovisual y los contratos publicitarios. El título IV, se ocupa de precisar lo referente a la protección del derecho de autor que engloba lo concerniente a las obras fotográficas, plásticas y gráficas; cinematográfica y audiovisual, así como programas de computación y bases de datos.

Bajo el título V (de los Derechos Conexos), se atienden aspectos vinculados con los artistas e intérpretes; editores de Libros; productores de fonogramas; productores de videogramas; organismos de radiodifusión. Mientras que el título VI, se ocupa de las limitaciones del derecho de autor y de los derechos conexos, mismos que pueden ser por: causa de utilidad pública; a los derechos patrimoniales y los del dominio público. Un título VII, acerca de los derechos de autor sobre los símbolos patrios y de las expresiones de las culturas populares; uno más, título VIII, sobre los registros de derechos; el título IX, que trata de la gestión colectiva de derechos; el título X, sobre el Instituto Nacional del Derecho de Autor, desarrollando sus funciones y facultades; el título X que describe los procedimientos ante autoridades jurisdiccionales, así como el procedimiento de avenencia y el de arbitraje

Un aspecto de interés se consigna en el título XII (de los procedimientos administrativos), cuyo primer capítulo contiene las infracciones en materia de derechos de autor (arts. 229 y 230); un segundo capítulo (que versa sobre las Infracciones en materia de comercio); y un **tercero** sobre la impugnación administrativa.

2. Mientras que en la LFDA sólo se habla de infracciones, materia de atención propia del Derecho administrativo, en la **LEY FEDERAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** (en adelante LFPI), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991, con reformas en 2018, sí se contienen una serie de tipos penales, integrados en el título séptimo (De la inspección. De las infracciones y sanciones administrativas y de los delitos, cuyo tercer capítulo (de los delitos) consigna en su art. 223, fracciones I, II y III delitos contra la propiedad industrial, mientras las fracciones IV, V y VI aluden al apoderamiento, revelación y uso del secreto industrial. El 223 bis atiende lo relacionado con la venta en lugares públicos de objetos que ostenten falsificaciones de marcas; el 224 precisa las sanciones que pueden imponerse a quienes incurran en algunos de los tipos penales del 223. El artículo 225 menciona la necesidad de un dictamen técnico, indispensable para ejercitar acción penal; el 226 habla de la reparación del daño, el 227 establece que tales delitos son competencia federal; el 228 establece las medidas que pueden aplicarse en los procedimientos judiciales respecto de controversias civiles o mercantiles.

Dispone el **art. 223** que son delitos: **I. Reincidir** en las conductas previstas en las fracciones II a XXII del artículo 213 de la LFPI, una vez que la primera sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme; **II. Falsificar**, en forma dolosa y con fin de especulación comercial, marcas protegidas por esta Ley; **III. Producir, almacenar, transportar, introducir al país, distribuir o vender**, en forma dolosa y con fin de especulación comercial, objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta Ley, así como aportar o proveer de cualquier forma, a sabiendas, materias primas o insumos destinados a la producción de objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta Ley; **IV. Revelar a un tercero** un secreto industrial, que se conozca con motivo de su trabajo, puesto, cargo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto; **V. Apoderarse de un secreto industrial** sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarde o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o a su usuario autorizado;

V. Apoderarse de un secreto industrial sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarde o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o a su usuario autorizado; **VI. Usar la información contenida en un secreto industrial**, que conozca por virtud de su trabajo, cargo o puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios, sin consentimiento de quien lo guarde o de su usuario autorizado, o que le haya sido revelado por un tercero, a sabiendas que éste no contaba para ello con el consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado, y; **VII. Producir, almacenar, transportar, distribuir o vender** productos de origen nacional que no cuenten con la certificación correspondiente conforme a la denominación de origen o indicación geográfica y la Norma Oficial Mexicana correspondiente, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. Queda incluido en el supuesto anterior, realizar cualquier acto de despacho aduanero ante las autoridades competentes, para la introducción al país o salida del mismo. No existirá responsabilidad penal cuando la Norma Oficial Mexicana correspondiente no se encuentre vigente o el respectivo organismo de evaluación de la conformidad no se encuentre acreditado, en términos de la legislación aplicable. Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela de parte ofendida.

Conforme al **art. 223 Bis**, se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a diez mil Unidades de Medida y Actualización, al que venda a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa y con fin de especulación comercial, objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta Ley. Si la venta se realiza en establecimientos comerciales, o de manera organizada o permanente, se impondrán de tres a diez años de prisión y multa de dos mil a veinte mil Unidades de Medida y Actualización. Este delito se perseguirá de oficio. En el **art. 224**, se establece que se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el importe de cien a diez mil Unidades de Medida y Actualización, a quien cometa alguno de los delitos que se señalan en las fracciones I, IV, V o VI del artículo 223 de esta Ley. En el caso de los delitos previstos en las fracciones II, III o VII del mismo artículo 223, se impondrán de tres a diez años de prisión y multa de dos mil a veinte mil Unidades de Medida y Actualización.

3. El **CÓDIGO PENAL FEDERAL** contiene en su título vigésimo sexto (de los Delitos en Materia de Derechos de Autor), una serie de tipos penales, que son reseñados a continuación:

De acuerdo con lo establecido en el art. 424, se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa: **I.** Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública; **II.** Al editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más números de ejemplares de una obra protegida por la LFDA, que los autorizados por el titular de los derechos; **III.** A quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la señalada LFDA.

Artículo 424 bis. Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa: **I.** A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la LFDA, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos. Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o; **II.** A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

Artículo 424 ter. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, a quien venda a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa, con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior. Si la venta se realiza en establecimientos comerciales, o de manera organizada o permanente, se estará a lo dispuesto en el señalado art. 424 Bis.

Art. 425. Se impondrá prisión de seis meses a dos años o de trescientos a tres mil días multa, al que a sabiendas y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución. Describiendo varias hipótesis de hecho, el **art. 426** fija pena de prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa, en los casos siguientes: **I.** A quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha se-

ñal, y; **II.** A quien realice con fines de lucro cualquier acto con la finalidad de descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal. **También con pena de prisión que va** de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, se sancionará a quien publique a sabiendas una obra substituyendo el nombre del autor por otro nombre (**art. 427**).

Los artículos siguientes establecen disposiciones genéricas, al tenor de lo siguiente: **art. 428:** Las sanciones pecuniarias previstas en el presente título se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la LFDA y, finalmente, **art. 429:** Los delitos previstos en este Título se **perseguirán de oficio**, excepto lo previsto en los artículos 424, fracción II y 427.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),
Nicaragua*

El Código penal de Nicaragua (2008), bajo el título VI de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico regula los delitos contra el derecho de autor y derechos conexos (capítulo IX) y los delitos contra la propiedad industrial (capítulo X). Fuera del ámbito penal la Ley 312/1999, regula el derecho de autor y derechos conexos y la Ley 380/2001, regula la ley de marcas y otros signos distintivos.

Los delitos contra el derecho de autor y derechos conexos

En el capítulo IX, regula el ejercicio no autorizado del derecho de autor y derechos conexos (art. 247), reproducción ilícita (art. 248), Delitos contra señales satelitales protegidas (art. 249), Protección de programas de computación (art. 250), y las circunstancias agravantes y atenuantes (art. 251)

El ejercicio no autorizado del derecho de autor y derechos conexos (art. 247), establece que realiza este delito quien contraviniendo la ley de la materia, y con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, realice cualquiera de los actos siguientes sin autorización escrita del titular del derecho:

- a) La traducción, arreglo, u otra transformación de la obra;

- b) La comunicación pública de una obra o fonograma por cualquier forma, medio o procedimiento, íntegra o parcialmente;
- c) La retransmisión, por cualquier medio alámbrico o inalámbrico de una emisión de radiodifusión;
- d) La reproducción de un mayor número de ejemplares que el establecido en el contrato;
- e) Distribuir o comunicar la obra después de finalizado el contrato;
- f) La atribución falsa de la autoría de una obra;
- g) La realización de cualquier acto que eluda o pretenda eludir una medida tecnológica implementada por el titular del derecho para evitar la utilización no autorizada de una obra o fonograma;
- h) La fabricación, importación, distribución y comercialización, o quien proporcione mecanismos, dispositivos, productos o componentes, u ofrezca servicios de instalación para evadir medidas tecnológicas enunciadas en el literal anterior;
- i) La alteración, supresión de información sobre gestión de derechos; y
- j) La importación, distribución, comercialización, arrendamiento o cualquier otra modalidad de distribución de obras o fonogramas cuya información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada.

La sanción será de noventa a ciento cincuenta días multa o prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

La reproducción ilícita (art. 248), es la conducta que contraviene la Ley de la materia y con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos sin autorización escrita del titular del derecho:

- a) La reproducción, total o parcial, de una obra o fonograma por cualquier medio, forma o procedimiento;
- b) La distribución de ejemplares de una obra o fonograma por medio de venta, arrendamiento, préstamo público, importación, exportación o cualquier otra modalidad de distribución;
- c) La fijación de la actuación de un artista intérprete o ejecutante; y
- d) la fijación de una emisión protegida para su ulterior reproducción o distribución.

La conducta será sancionada con trescientos a quinientos días multa o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer car-

go, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

Los delitos contra señales satelitales protegidas (art. 249) hace referencia a aquellas personas que Quien contraviniendo la ley de la materia y con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos sin autorización escrita del titular del derecho:

- a) La retransmisión o distribución al público de una señal portadora de programas, sea por medios alámbricos o inalámbricos u otro medio o procedimiento similar;
- b) La decodificación de una señal codificada portadora de programas;
- c) La fijación o reproducción de las emisiones;
- d) La fabricación, ensamblaje, modificación, importación, exportación, venta, instalación, mantenimiento, arrendamiento o cualquier otra forma de distribución o comercialización de dispositivos o sistemas que sirvan para decodificar una señal codificada portadora de programas.

El que incurra en cualquiera de las conductas descritas, será sancionado con prisión de uno a tres años o de trescientos a quinientos días multa e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer el cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

La protección de programas de computación (art. 250), refiere a quien contraviniendo la ley de la materia fabrique, distribuya o venda mecanismos o sistemas que permitan o faciliten la supresión no autorizada de dispositivos técnicos que se hayan utilizado para evitar la reproducción de programas de computación.

La sanción será de trescientos a quinientos días multa o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

Las circunstancias agravantes y atenuantes (art. 251) están relacionadas en el tipo de obra que recaiga el delito, sobre una obra no destinada a la divulgación o cuando se efectúe deformación, mutilación u otra modificación, que afecten o pongan en peligro el decoro o la reputación de las personas, en estos supuestos las sanciones se incrementarán en una tercera parte en sus límites mínimos y máximos, en cambio si la conducta se realizara sin el propósito de obtener un beneficio económico, para sí o para un tercero, las sanciones de los delitos se reducirán en una tercera parte.

Delitos contra la propiedad intelectual

En el capítulo X se detallan los delitos contra la propiedad intelectual. Fraude sobre patente, modelo de utilidad o diseño industrial (art. 252), violación a los derechos de patente, modelo de utilidad o diseño industrial (art. 253), delitos contra el derecho del obtentor (art. 254), utilización comercial ilícita de marcas y otros signos distintivos (art. 255), violación de derechos derivados de la titularidad de esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados (art. 256) y la publicación de sentencias (art. 257).

El fraude sobre patente, modelo de utilidad o diseño industrial (art. 252), expresa que quien contraviniendo la ley de la materia y sin autorización escrita del titular del derecho, realice cualquiera de los siguientes actos:

- a) Haga parecer como producto patentado, protegido por modelo de utilidad o diseño industrial, aquellos que no lo estén;
- b) Sin ser titular de una patente, modelo de utilidad o diseño industrial o sin gozar ya de estos privilegios, la invocare ante tercera persona como si disfrutara de ellos.

Será sancionado con noventa a trescientos días multa o prisión de uno a dos años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

El delito de violación a los derechos de patente, modelo de utilidad o diseño industrial (art. 253), lo realiza quien contraviniendo la ley de la materia y sin autorización escrita del titular del derecho, realice cualquiera de los siguientes actos:

- a) La fabricación de un producto amparado por una patente o modelo de utilidad, o un diseño industrial protegido;
- b) La utilización de un procedimiento patentado para la fabricación de productos obtenidos directamente del procedimiento patentado;
- c) La venta, distribución, importación, exportación o el almacenamiento de un producto amparado por una patente u obtenido por un procedimiento patentado, a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados; y,
- d) La venta, distribución, importación, exportación o el almacenamiento de un producto amparado por un modelo de utilidad, o que incorpore un diseño industrial protegido a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados.

Este delito es sancionado con trescientos a quinientos días multa o prisión de uno a tres años e inhabilitación

especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

Lo delitos contra el derecho del obtentor (art. 254), establece que quien contraviniendo la ley de la materia y sin autorización escrita del titular del derecho, produzca, reproduzca, prepare para los fines de reproducción o multiplicación, comercialice, exporte, importe o done material de reproducción o de multiplicación de la variedad vegetal protegida, será sancionado con trescientos a quinientos días multa o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

El delito de utilización comercial ilícita de marcas y otros signos distintivos (art. 255), indica que quien contraviniendo la ley de la materia y sin autorización escrita del titular del derecho, realice cualquiera de los siguientes actos:

- a) La fabricación, venta, almacenamiento, distribución, importación, exportación de productos o servicios que lleven una marca o signo distintivo registrado o una copia servil o imitación de ella, así como la modificación de la misma, si la marca o signo distintivo se emplea en relación con los productos o servicios que distinguen el signo protegido;
- b) La fabricación, reproducción, venta, almacenamiento o distribución de etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales análogos que reproduzcan o contengan una marca registrada o signo distintivo;
- c) La utilización con fines comerciales de envases, envolturas o embalajes que lleven una marca registrada o signo distintivo con el propósito de dar la apariencia que contienen el producto original; y
- d) La fabricación, venta, almacenamiento o distribución del producto que lleve una indicación geográfica o denominación de origen falsa aun cuando se indique el verdadero origen del producto o se use acompañada de expresiones como “tipo”, “género”, “manera”, “imitación” u otras análogas.

Este delito será sancionado con trescientos a quinientos días multa o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

La violación de derechos derivados de la titularidad de esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados (art. 256), lo realiza quien contraviniendo la

ley de la materia y sin autorización escrita del titular del derecho, realice cualquiera de los siguientes actos:

- a) Reproduzca por incorporación en un circuito integrado, o de cualquier otro modo, de un esquema de trazado protegido, en su totalidad o en cualquiera de sus partes que se considere original.
- b) Importe, exporte, venda, distribuya, almacene, un esquema de trazado protegido, un circuito integrado que incorpore ese esquema, o un artículo que contenga un circuito integrado que a su vez incorpore el esquema protegido.

Este delito será sancionado con trescientos a quinientos días multa o pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio relacionado con la conducta delictiva.

El art. 257 expresa que el Juez ordenará, a solicitud de parte y a costa del infractor, la publicación de la parte resolutive de la sentencia en uno o más periódicos de amplia circulación, o en su defecto, por cualquier otra forma o modalidad, sin perjuicio de la sanción penal impuesta en este y en el anterior capítulo (IX y X).

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Universidad de Panamá

carlos.munozpope@cableonda.net

I

El Código penal panameño se ocupa de los delitos contra la propiedad intelectual en el Capítulo VI del Título VII, de los Delitos contra el Orden Económico, en dos secciones distintas, que se ocupan de la protección de los “derechos de autor y derechos conexos” y “derechos contra la propiedad industrial”, del Libro Segundo de ese cuerpo legislativo, en una regulación que se describe en los arts. 262-266C y 267-273 respectivamente.

La normativa en materia de delitos contra la propiedad intelectual, en sentido muy amplio, ha sido objeto de una amplia regulación en nuestro ordenamiento penal, que en textos punitivos anteriores, era insignificante y totalmente anticuada.

En gran medida, esta nueva normativa, vigente desde la adopción del Código Penal de 2007, rige desde mayo de 2008 y se debe a la influencia que la Embajada de los Estados Unidos de América ha ejercido en esta materia, como en algunas otras, como los delitos relacionados con drogas, por ejemplo, pues las conductas infractoras de los derechos derivados de la propiedad

intelectual ocurrían a diario y con, prácticamente, total impunidad en nuestro país. Ya son cosa del pasado las miles de infracciones cometidas sobre marcas de fábrica en la Zona Libre de Colón y en Paso Canoas, frontera con Costa Rica, donde se vendía, fundamentalmente, ropa y cosméticos falsificados a diestra y siniestra, sin que nadie tratara de evitarlo.

El Código Penal de 1982, ya derogado, empezó el cambio de la regulación y se reformó la acción penal en el derogado ordenamiento procesal penal de 1987, en esta clase de infracciones, y pasamos de delitos que requerían “acusación particular” para iniciar el proceso a delitos de acción pública que se investigan y persiguen de oficio.

La trascendencia de la influencia norteamericana se aprecia en la creación de una Fiscalía de Circuito en la Provincia de Panamá para asumir el control de la investigación de estos delitos y posterior creación de una Fiscalía Superior Especializada, con jurisdicción en todo el territorio nacional para investigar y perseguir tales delitos, al tiempo que se daba mucha capacitación a los funcionarios de dichas entidades para cumplir con más formación e interés la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todos sus aspectos.

II

La normativa vigente en materia de delitos contra los derechos de autor y derechos conexos en muy casuística en nuestro medio, de forma que se han tratado de cubrir todos los aspectos para incriminar conductas que durante décadas fueron impunes en nuestro medio.

El caso más importante a este respecto es la incriminación de conductas que suponían el retransmitir señales de cable por televisión sin pagar los derechos respectivos al titular de tal derecho, que luego se ofrecía en nuestro medio de forma remunerada por una Empresa controlada por los allegados al régimen militar derrocado en diciembre de 1989.

Ahora se incrimina cualquier conducta cualquier conducta dirigida en tal sentido, así como la utilización de una obra ajena como propia al tiempo que también se castiga reproducir o distribuir una obra fue del plazo autorizado para ello.

También se incrimina como delito poner a disposición del público, sin autorización, transmisiones de interpretaciones o ejecuciones artísticas o de producciones fonográficas e incurrir en piratería lesiva de derechos aunque no tengan motivación directa o indirecta de ganancia, lo que abre una puerta muy amplia que

va más allá de los límites que el Derecho Penal debe proteger.

Como es lógico, en estas modalidades delictivas se incrimina inscribir una obra ajena como propia, utilizar ejemplares de una obra y ponerlos a disposición del público, y toda una amplia de conductas propias de las falsedades de documentos que se realizan de forma previa para la comisión de algunas de las conductas antes mencionadas.

Ya es una constante en nuestro medio, que las falsedades en derechos de autor se incriminen como delito en esta clase de infracciones, a pesar de que constituyen modalidades innecesarias de una falsedad de documento.

De la misma forma, se incrimina cualquier conducta que implique almacenar, distribuir, exponer, ensamblar, fabricar, vender, alquilar o poner en circulación de cualquier otra forma reproducción ilícita de una obra protegida, de forma que se cierra la puerta a la venta, alquilar o copia de obras protegidas en los antiguos videoclubs, que ya casi han desaparecido.

Hemos llegado al extremo de incriminar cualquier forma de ofrecer el uso de los famosos decodificadores que impiden la recepción de señales para ver o escuchar programas, sonidos, imágenes, datos o combinación de ellos.

Las conductas antes descritas se castigan con penas que oscilan entre uno y seis años de prisión.

En 2012, por medio de la Ley 64, de ese año, se añadieron tres nuevos artículos a la anterior regulación, que no crean nuevos delitos pero si ampliación innecesaria de algunos ya regulados en el texto original de 2007. En esta reforma, se introdujo como delito ofrecer al público servicios con el propósito de evadir medidas tecnológicas efectivas que preserven el derecho que nos ocupa.

Esta desafortunada ley, también incriminó otros muchos actos preparatorios para permitir o facilitar la evasión de cualquier medida tecnológica que preserve el derecho de autor.

III

Como delitos contra la propiedad Industrial se incriminan todos los actos que supongan desconocer una Patente de Invención sin consentimiento del titular de tal derecho y se castiga tal conducta con pena de cuatro a seis años de prisión.

En un país con una Zona Libre en el Atlántico y otra en la frontera con Costa Rica, la infracción más importante es la relativa a la falsificación, alteración

o imitación de marcas de fábrica, aunque también se castigan las mismas conductas en relación con nombres comerciales o expresiones o señales de propaganda lo que implica en alguno de estos dos últimos casos extender la protección penal hasta límites innecesarios.

El exagerado casuismo de esta regulación llega al extremo de incriminar como delito en este apartado, conductas propias de la protección de secretos industriales que ya están incriminados en los delitos contra la inviolabilidad del secreto.

IV

La experiencia de los últimos años evidencia, hay que decirlo, que el Sistema Penal y Procesal Penal en materia de estos delitos se constituye en el mecanismo de protección de los derechos de propiedad industrial de los inventores y productores de los países del primer mundo, que protegen el comercio de sus súbditos para cobrar más impuestos, pues los infractores de los derechos descritos en los dos apartados anteriores no tributan en dichos Estados.

Sin duda estos delitos son importantes, en la medida en que la ropa y los perfumes falsificados se habían generalizados en nuestro medio y se contaba con la inacción de las autoridades administrativas que no le prestaban atención a las mismas. En Panamá ya la situación cambió y junto al sistema judicial la autoridad de aduana actúa con contundencia contra esta clase de infracciones.

Perú

Prof. Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Presidente del Poder Judicial del Perú

Antecedentes

Ni en el Código Penal de 1863 ni en el de 1924 se incluyeron delitos contra la propiedad intelectual. Sin embargo, si preocupó al legislador nacional criminalizar delitos contra la propiedad industrial. Un antecedente de estos delitos podría ser la conducta punible que regulaba el segundo de los precedentes legales mencionados, en su artículo 377°. En dicho artículo se sancionaba, entre otras conductas, a quien fabricare o falsifique marcas o contraseñas destinadas a hacer constar “la identidad de un objeto, o el que a sabiendas hiciere uso de tales marcas”. O también la disposición contenida en el artículo 353° del primero que reprimía a “los que, sin consentimiento del autor representen o

hagan representar una obra dramática, **o publiquen sus invenciones en ciencias o artes**". Por tanto, la criminalización específica y autónoma de tales conductas en nuestra legislación punitiva recién ocurrió con el Código Penal de 1991 (Título VII del Libro Segundo). Este sistema incluyó dos modalidades de hechos punibles: Delitos contra los derechos de autor y delitos conexos (Capítulo I) y Delitos contra la propiedad industrial (Capítulo II).

Aspectos generales

Se trata de delitos que afectan los derechos intelectuales y cuyo reconocimiento o tutela penal es de suma importancia en un mundo posmoderno, globalizado y en pleno desarrollo de la sociedad del conocimiento. Además, el surgimiento de nuevas tecnologías y la modernización de procedimientos y técnicas de edición y utilidad industrial hacen, pues, pertinente y necesario que se construyan barreras legales y prácticas de protección de la creación y difusión de todos esos avances. Y, como bien destaca la doctrina nacional la normatividad especial sobre esta materia comienza a construirse desde mediados del siglo pasado y a partir de la Ley 13714 sobre protección de derechos de autor adquiriendo además rango constitucional (Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derechos Penal. Parte Especial II-B. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 844 y ss.). Otro antecedente normativo importante fue la Ley 13270 o de Promoción Industrial y en cuyo articulado se aludía ya a la existencia de una propiedad industrial (Artículos 58º y siguientes). Posteriormente, se sucedieron también precedentes significativos como los Decretos Leyes 22532 y 26017 y las Decisiones 85, 313, 344,486 y 632 I Pacto Andino. Sin embargo, un aporte determinante a la consolidación de este proceso fue la creación y operatividad del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI como organismo público especializado. El cual con la promulgación de los Decretos Legislativos 823 y 1075 asumió mejores competencias específicas para la protección administrativa de la propiedad intelectual e industrial (Percy García Cavero. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Volumen I. Instituto Pacífico. Lima, 2015, p. 73 y ss. 9).

Los Delitos Contra los Derechos de Autor y Conexos

El Código Penal se ocupa de estos delitos entre los artículos 216º a 221º. El bien jurídico tutelado son los derechos de autor, "entendidos como las facultades personales y patrimoniales que jurídicamente corres-

ponden al autor sobre su creación" (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derechos Penal. Parte Especial II-B. Ob. Cit. p. 851). Lo cual como aclara la doctrina abarca una doble dimensión que comprende un reconocimiento del derecho moral de la autoría de la creación, pero también un derecho de exclusividad en cuantos a su uso y explotación económica (Ídem., p. 852).

La morfología de delitos ha sufrido sucesivas reformas y en la actualidad comprende los siguientes ilícitos:

- Publicaciones contrarias a los derechos de autor (Art. 216º)
- Reproducción, difusión o distribución de una obra sin autorización del autor (Art. 217º)
- Circunstancias agravantes específicas (Art. 218º)
- Plagio (Art. 219º)
- Modalidades agravadas de plagio (Art. 220º)
- Elusión de medidas tecnológicas efectivas de identidad o control (Art. 220º-A)
- Fabricación, comercialización o distribución de productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas de identidad o control (Art. 220º-B)
- Oferta, suministro y comercialización de servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas de identidad o control (Art. 220º-C)
- Supresión o alteración de información sobre gestión de derechos (Art. 220º-D)
- Fabricación, comercialización, distribución o almacenamiento de etiquetas, carátulas o empaques no auténticos de identificación (Art. 220º-E)
- Elaboración, comercialización, distribución o almacenamiento de manuales, licencias o empaques no auténticos de identificación (Art. 220º-F)
- Medidas de incautación y comiso (Art. 221º).

Se trata exclusivamente de delitos dolosos cuya tipificación incluye varias conductas equivalentes. Además, el legislador hace expresa referencia a una finalidad lucrativa que motiva la conducta delictiva que realiza el agente.

En cuanto a la penalidad conminada, esta es de naturaleza conjunta e incluye para cada delito penas privativas de libertad (2 a 10 años) y de multa (10 a 180 días-multa).

Entre las circunstancias agravantes específicas que contempla la legislación nacional, destacan aquellas que aluden a la inscripción como propia de una obra de autoría de tercero en el registro de autor (Art. 218º. 6) y cuando el agente del delito es un funcionario o servidor público (Art. 220º.e).

Asimismo, la ley dispone expresamente que "En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejempla-

res, materiales ilícitos, aparatos y medios utilizados para la comisión del ilícito serán comisados y destruidos, salvo casos excepcionales debidamente calificados por la autoridad judicial. En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado” (Art. 221º, párrafo final)

Los Delitos Contra la Propiedad Industrial

La protección de los derechos industriales constituye el bien jurídico tutelado. En lo esencial, la ley penal promueve un sistema de tutela jurídica que fortalezca el ejercicio y reconocimiento de los derechos que corresponden a los autores de tareas de investigación científica e invención, así como a los que idean y elaboran símbolos o signos de identidad para determinados productos u organizaciones. Al respecto, la Constitución de 1993 señala en su artículo 2º, inciso 8º que toda persona tiene derecho: “A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto”. Por su parte el Código Civil en su artículo 18º también precisa que “Los derechos de autor o inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia”.

El artículo 3º del Decreto Legislativo 1075 califica como elementos componentes de la propiedad industrial a los siguientes:

- a) Patentes de invención.
- b) Certificados de protección.
- c) Patentes de modelos de utilidad.
- d) Diseños industriales.
- e) Secretos empresariales.
- f) Esquemas de trazado de circuitos integrados
- g) Marcas de productos y de servicios.
- h) Marcas colectivas.
- i) Marcas de certificación.
- j) Nombres comerciales.
- k) Lemas comerciales.
- l) Denominaciones de origen.

Es de precisar que la protección jurídica de la propiedad industrial es universal e integral en nuestro sistema legal. Ella alcanza a toda persona sea esta natural o jurídica y este domiciliada en el Perú o resida en el extranjero. Al respecto, el artículo 2º del Decreto Legislativo 1075 detalla que son beneficiarios de dicha tutela “todas las personas naturales y jurídicas u otras entidades de derecho público o privado, estatal o no estatal, con o sin fines de lucro, estén domiciliadas en país o en el extranjero”.

En atención, pues, a lo expuesto, es evidente que el objeto de protección penal está representado por el derecho de los inventores a que se respete y reconozca el resultado de su creación intelectual. Esto es, a que se protejan las invenciones y los signos distintivos que ellos han creado. De esa manera la ley busca controlar e interdicar todo acto que usurpe o abuse de la propiedad industrial de terceros, particularmente con el objetivo antijurídico de ejercer una competencia ilegal, amparándose, para ello, en el éxito o en la aceptación social que ha logrado alcanzar un invento o un signo distintivo creado.

La propiedad industrial asegura a su titular el ejercicio en exclusividad del uso y explotación de derechos industriales de **naturaleza creativa** (los que emergen de la creación, de una idea o de los resultados obtenidos a través de la investigación) o de **naturaleza significativa** (los que aparecen como consecuencia del registro de símbolos o signos de identidad industrial o comercial). Lo cual jurídicamente implica la exclusión del uso o explotación de los bienes inmateriales para terceros no autorizados por su titular.

Como destacan los comentaristas, “lo protegido es el patrimonio y en especial la relación existente entre el sujeto y su creación, cualquiera que ella sea (también la industrial), con un contenido económico y protegida jurídicamente por un derecho de disposición (propiedad intelectual e industrial)” (Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel, Barcelona, 1986, p. 252). De allí que se señale también que el “bien jurídico lo constituye el derecho de propiedad industrial entendido como derecho de uso exclusivo derivado del Registro” (Miguel Bajo Fernández. Manual de Derechos Penal. Parte Especial. Derechos patrimoniales y económicos. Editorial CEURA. Madrid, 1987, p. 235). Por lo demás, las formas, reglas, procedimientos de adjudicación y registro de la propiedad industrial requiere del cumplimiento de estatutos especializados que en el caso de la legislación peruana se encuentran reunidos en el Decreto Legislativo 1075. Son, pues, estas disposiciones legales las que orientan y limitan los alcances precisos de dicho bien jurídico y de su tutela penal. Además, ayudaran al mejor entendimiento y aplicación de los tipos penales que reprimen los atentados a la propiedad industrial

El Código Penal vigente dedica el Capítulo II, del Título VII de la Parte Especial, a los Delitos contra la Propiedad Industrial. La morfología original de los delitos allí regulados fue modificada y ampliada por normas posteriores como la Leyes 27729, 29263, 30077 y el Decreto Legislativo 1182.

El sistema normativo está compuesto por las siguientes disposiciones:

- Almacenamiento, fabricación o utilización ilegal de productos o elementos de propiedad industrial (Artículo 222º).
- Alteración o clonación de líneas o series de identidad de celulares o correos electrónicos (Artículo 222º-A).
- Fabricación o utilización ilegal de etiquetas, envases o afines con marcas registradas o de propiedad de terceros (Artículo 223º).
- Medidas de incautación y comiso (Artículo 224º).
- Circunstancias agravantes específicas (Artículo 225º).

La ley describe sólo delitos dolosos de comisión. En su gran mayoría las conductas criminalizadas adoptan la técnica de los **tipos penales en blanco**. Por consiguiente, la identificación de cada hecho punible precisa del acompañamiento e integración de las normas extrapenales que regulan la propiedad industrial en nuestra legislación como el Decreto Legislativo 1075 y las Directivas andinas 486 y 632. Cabe anotar que el citado Decreto Legislativo también incluye un detallado listado de infracciones administrativas que también deben tomarse en cuenta para deslindar debidamente el carácter delictivo de los hechos que contempla el Código penal.

Según las características peculiares de cada delito la tentativa será configurable y punible.

Cabe destacar que la inclusión de un nuevo tipo penal para sancionar formas de **alteración o clonación de líneas o series de identidad de celulares o correos electrónicos** en el artículo 222º-A resulta asistemática a este tipo de delitos y constituye una muestra más de la permanente **huida al derecho penal** que caracteriza las reformas de la Parte Especial. Si bien en la actualidad esta clase de conductas ilícitas se ha masificado, especialmente por la ampliación operativa del espacio de la telefonía móvil, no cabe duda que su control y sanción deben encontrar otras vías más idóneas y oportunas que la penal. Además, la realidad informal del mercado de las comunicaciones celulares en el país se constituye en el obstáculo más importante para el rendimiento de este tipo de normas penales de sofisticada y poco comprensible redacción. Deben, pues, de ensayarse otros medios administrativos o técnicos que resulten más eficientes para tratar estas prácticas ilícitas. Por lo demás como bien destaca la doctrina nacional este delito encajaría mejor como parte de las conductas que afectan a los consumidores (Percy García Caverro. Derecho

Penal Económico. Parte Especial. Volumen II. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p. 739 y ss.).

En cuanto a la configuración específica de los delitos, los tipos penales suelen referirse a dos clases de comportamientos ilícitos. Por un lado, están aquellos que se realizan a través de **actos de usurpación de la propiedad industrial**. Y, por otro lado, los que se ejecutan con **actos de imitación de la propiedad industrial** (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derechos Penal. Parte Especial II-B. Ob. Cit. p. 981 y ss.). Por tanto, como señalan algunos autores, ellos pueden materializarse como “piratería de productos violatorios de los derechos de propiedad industria y... como uso indebido de los medios de identificación de la marca” (Percy García Caverro. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Volumen I. Ob. Cit., p. 104 y ss.).

Los **actos de usurpación** se configuran cuando el agente se atribuye indebidamente el derecho de explotar la propiedad industrial sin autorización del titular o cuando pretende tener la condición de titular del derecho industrial registrado por tercero. Quien usurpa reproduce, pues, de modo integral un objeto que se halla vinculado al ámbito de disponibilidad que el derecho de propiedad industrial, vía registro, ha otorgado y reconoce a otro.

En el Código Penal vigente constituyen actos de usurpación las conductas reguladas en el artículo 222º. En esta disposición el legislador criminaliza todo acto de almacenamiento, fabricación, utilización con **“fines comerciales”**, oferta, distribución, venta, exportación o importación de productos o servicios sujetos a propiedad industrial ajena. Entre las principales modalidades que pueden asumir estas conductas usurpadoras destacan ellas las siguientes:

- a) La fabricación o el uso de medios o procesos de fabricación patentados.
- b) La reproducción total o parcial de diseño o modelo industrial patentado.
- c) La atribución falsa de la propiedad industrial registrada sobre modelos o diseños industriales.
- d) La reproducción total o parcial de un producto o servicio industrial con marca registrada.
- e) La obtención de una especie o derivado vegetal registrado en el país. Esta modalidad implica también la realización de actos previos de extracción del genoma vegetal.
- f) La reproducción o aplicación de esquemas trazados o la incorporación de un circuito semiconductor registrados

En lo que se refiere a los **actos de imitación**, ellos se manifiestan a través del uso, simulación, difusión o ex-

plotación industrial o comercial de un objeto semejante o parecido a aquel que se encuentra debidamente registrados por terceros. Estas conductas afectan también los principios de registro, autenticidad y especialidad del denominado “Derecho de Marca” y conllevan riesgos sociales de confusión. Por tanto, a través de estos actos ilícitos también se procura inducir a error a los consumidores o usuarios potenciales de los objetos imitados (Eduardo Arsenio Ore Guardia. *La Infracción del Derecho de Marca*. Palestra Editores. Lima. 2007, p. 43 y ss.). Al respecto, como precisa la doctrina, “mientras la usurpación es la reproducción íntegra y total del objeto, la imitación consiste en el uso de un objeto semejante o parecido que pueda hacer incurrir en equivocación o error al consumidor” (Miguel Bajo Fernández. *Manual de Derechos Penal. Parte Especial. Derechos patrimoniales y económicos*, *ob. cit.*, p. 241 y 242).

Este tipo de comportamientos de imitación son en la actualidad una de las formas más frecuentes de atentado contra la propiedad industrial. Sobre todo, en contextos de economía informal como el Perú. Su espacio de realización se circunscribe, pues, mayormente, a las distintas formas de infraccionar los derechos de marca. En el Código Penal vigente esta clase de delitos contra la propiedad industrial se encuentran sancionados en el artículo 223°. Como analiza la doctrina especializada la ley alude a tres supuestos dolosos y con características propias, aunque siempre vinculadas a formas de imitación o simulación de marcas registradas (Eduardo Arsenio Ore Guardia. *La Infracción del Derecho de Marca*, *ob. cit.*, p. 159° y ss.). Las acciones punibles son las siguientes:

- Fabricación, comercialización, distribución o almacenamiento de etiquetas, sellos o envases con marcas falsificadas.
- Retirar o utilizar etiquetas, sellos o envases con marcas originales para utilizarlos en productos de distinto origen.
- Envasar y/o comercializar productos empleando envases identificados con marcas cuya titularidad corresponde a terceros.

Cabe agregar que el volumen, frecuencia o espacio de influencia de estos actos es irrelevante para la tipicidad penal. Ahora bien, según la experiencia criminológica nacional, la delincuencia organizada afín a tales hechos punibles práctica, entre otras, las siguientes conductas de imitación:

- a) La venta o exposición en venta de objetos que son imitación o copia de modelos registrados.
- b) La imitación de artículos industriales registrados de modo que puedan inducir a error o confusión sobre su condición, calidad u origen.

- c) La utilización, venta, exposición en venta o posesión en depósito de productos con marcas reproducidas o imitadas total o parcialmente.

Las penas que la ley establece para los delitos contra la propiedad industrial suelen ser conjuntas. Ellas comprenden penas privativas de libertad, penas de multa y penas de inhabilitación. Además, en el artículo 224°, se establecen reglas y competencias especiales para la incautación y decomiso de los objetos o artículos usurpados o imitados. Según esta disposición normativa se comprenden en estas medidas “los ejemplares y materiales, los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito y, de ser el caso, de los activos y cualquier evidencia documental, relacionados al ilícito penal”

En el artículo 225° se han regulado dos **circunstancias agravantes específicas**. La primera toma en cuenta la condición de integrante de una organización criminal dedicada a cometer delitos contra la propiedad industrial. Al respecto la norma no diferencia la posición, rol o funciones que ostente o cumpla el agente dentro de la estructura criminal. Lo importante es su adscripción y actuación delictiva desde ella.

Y la segunda agravante específica utiliza como indicador de mayor punibilidad el que el autor o participe del delito tenga la condición de funcionario o servidor público que infracciona sus deberes generales y específicos al materializar actos delictivos contra la propiedad industrial de terceros.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da

Universidade Nova de Lisboa

www.fd.unl.pt e fcostapinto@fd.unl.pt

A tutela penal da propriedade intelectual em Portugal encontra-se repartida por várias leis penais especiais e por algumas normas gerais. Esta fragmentação resulta da evolução histórica da intervenção penal neste sector, que tem privilegiado a criação de crimes específicos a par de incriminações gerais que podem abranger alguns dos factos: por um lado, no domínio da violação dos direitos de autor e direitos conexos (Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, CDADC, que remonta ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, com sucessivas e recentes alterações) e, por outro, na tutela de direitos de propriedade industrial (acolhida no Código da Propriedade Industrial, CPI, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, com alterações posteriores) que, em alguns casos, surgem em sobreposição parcial

com os primeiros, como veremos. Mas a estas duas dimensões de tutela acrescentam-se outras, como a que resulta da Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de Setembro) relativamente a programas informáticos ou dos crimes de violação e usurpação de segredo previstos no Código Penal (artigos 195.º e 196.º). Esta dispersão de tutela gera obviamente problemas de concurso de normas e de regimes processuais diferenciados.

1. A tutela penal de direitos propriedade intelectual tem entre nós acolhimento na Lei Fundamental e tem sido confirmada pelo Tribunal Constitucional. A Constituição garante o direito à protecção jurídica da propriedade privada (artigo 62.º) e, além disso, garante a liberdade de criação intelectual, artística e científica, compreendendo esta liberdade o direito à invenção, produção e divulgação das obras com essa natureza, “incluindo a protecção dos direitos de autor” (artigo 42.º da Constituição).

O reconhecimento constitucional explícito da protecção legal dos direitos de autor cria um espaço de afirmação do merecimento da tutela penal destes direitos que, se assim não fosse, poderia ser questionado. Noutros termos, a partir do momento em que a Constituição reconhece que faz parte da liberdade de criação cultural (matéria inserida no capítulo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais) a protecção legal dos direitos de autor, está identificada uma relação de congruência material entre a intervenção penal neste domínio e a axiologia constitucional. Tal aspecto não implica a legitimidade automática de uma protecção penal dos direitos de autor, que deve ser sempre ponderada em articulação com os mecanismos de tutela civil e administrativa. Mas o reconhecimento constitucional é importante porque preserva a possibilidade de se identificar um merecimento penal dos factos, que pode depois ser relativizado em função das necessidades de tutela e de articulação das várias formas de protecção legal. Em suma, o reconhecimento constitucional da protecção legal dos direitos de autor permite legitimar a intervenção penal neste domínio, sem obrigar a uma tutela penal dos interesses em causa.

Esse reconhecimento constitucional do merecimento de protecção dos direitos de autor é também importante porque a configuração dos bens jurídicos em causa assume neste domínio uma dimensão patrimonial menos visível e uma certa desmaterialização jurídica, aspectos que poderiam levar a questionar a legitimidade da intervenção penal.

No domínio dos direitos de autor o que se tutela não é um bem jurídico patrimonial imediato, mas direitos

instrumentais, com ou sem relevância patrimonial ou económica, como a pretensão de uso exclusivo, a proibição de uso não autorizado de um bem cultural ou o direito ao reconhecimento da autoria da obra. Quando tais direitos estão associados a marcas, patentes ou denominações de origem protegida (como acontece na tutela da propriedade industrial) os respectivos direitos de exclusividade podem estar associados a investimentos económicos, a quotas de mercado e à capacidade de circulação económica dos bens e, por isso mesmo, a sua dimensão económica e patrimonial pode ser mais evidente. O que não exclui (apenas se acrescenta) à protecção da criação intelectual.

Significa isto que os direitos de autor e as suas manifestações na propriedade industrial têm claramente dignidade constitucional de tutela como expressões da propriedade intelectual. Essa dignidade constitucional de tutela é ampla e inclui conexões quer com a liberdade individual de criação artística, quer com actividades laborais (frutos do trabalho) (aprofundamentos em Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora/WK, 2010, p. 925 e ss). Isso mesmo tem sido reconhecido pelo Tribunal Constitucional na densificação que faz dos valores constitucionais, quando se questiona em recurso a legitimidade material de tais direitos serem protegidos através do Direito Penal.

Pela sua importância, reproduz-se uma parte do Ac. do Tribunal Constitucional n.º 577/2011, de 29 de Novembro:

A recorrente tinha invocado perante o Tribunal Constitucional que o crime de aproveitamento comercial de obra contrafeita ou usurpada (artigo 199.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos), ao ser punido cumulativamente com pena de prisão até três anos e com pena de multa de 150 a 250 dias violava o princípio da subsidiariedade do direito penal (ou princípio da máxima restrição das penas), enquanto decorrência do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

O Tribunal Constitucional considerou tal alegação improcedente, afirmando claramente a legitimidade da intervenção penal na tutela penal da propriedade intelectual, nos seguintes termos:

“A protecção da propriedade intelectual apresenta um carácter fundamental nas sociedades actuais. A ela se ligam considerações respeitantes ao desenvolvimento e progresso humano, muitas vezes em concorrência com valores de protecção dos direitos da personalidade, dos direitos patrimoniais dos criadores e, até, exigências de segurança dos consumidores. O encurtamento das distâncias resultante da globalização, e o surgimento de espaços de integração económica, ambos aliados ao

esbatimento das fronteiras entre os Estados, potenciam o efeito nefasto para as economias que deriva de violações maciças e em escala à propriedade intelectual, facilitadas pelo desenvolvimento tecnológico e pela democratização do acesso às novas tecnologias. Estas considerações fundamentam, em muitos casos, a opção pela criminalização que os Estados adoptam no que se refere a diferentes violações dos direitos de autor, atenta também a função dissuasora subjacente a esta opção político-legislativa”. E concretizando este enquadramento acrescentou:

“A relevância que a tutela da propriedade intelectual assume na nossa ordem jurídica, tanto ao nível constitucional como ao nível internacional e europeu, conduz à conclusão de que se trata de bem jurídico dotado de especial significado. O que, aliado à constatação de um aumento significativo de violações à propriedade intelectual, normalmente associado a fenómenos de crime organizado e transfronteiriço, e com elevados prejuízos para as economias nacionais, actualmente tão fragilizadas, fornece ao legislador a legitimidade necessária para intervir na tutela da mesma por via da criminalização e da punição com as consequências jurídicas que lhe andam associadas, designadamente a previsão de penas privativas da liberdade e penas pecuniárias”.

À luz desta densificação axiológico-constitucional, é inequívoca a dignidade de tutela penal dos direitos de propriedade intelectual entre nós.

2. A legitimação constitucional é também importante porque a doutrina tem questionado a bondade e a legitimidade político-criminal da tutela penal da propriedade intelectual entre nós. Assim, por exemplo, José de Oliveira Ascensão considera que tal intervenção foi instituída “com acentuada severidade. Ao arrepio dos movimentos de intervenção mínima da tutela penal, de descriminalização ou discriminação e de encurtamento das penas de prisão, e ainda de reserva da tutela penal para um núcleo eticamente significativo” (cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito penal de autor*, Lisboa: Lex, 1993, p. 12 e ss, onde se criticam em especial a severidade das sanções e as técnicas de tipificação dos ilícitos nesta matéria). Nessa perspectiva não está em causa a dignidade de tutela da propriedade intelectual, mas sim e em especial as opções sancionatórias e as técnicas de tutela concretamente adoptadas pelo legislador nacional. Contudo, a jurisprudência posterior do Tribunal Constitucional afastou-se desta perspectiva e ensaiou a legitimação específica da intervenção penal para a tutela da propriedade intelectual, nos termos referidos, o que é corroborado no plano material por outros sectores da doutrina quer em função dos interesses individuais carentes de tutela, quer em função da protecção das economias nacionais (desenvolvimentos, em Paulo de Sousa Mendes, “A tutela penal de direitos de propriedade intelectual na proposta da Directiva”, *AAVV, Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 319 e ss).

3. Vejamos então *o mapa legal das incriminações* potencialmente aplicáveis no domínio da protecção penal da propriedade intelectual:

a) O núcleo essencial da protecção penal da propriedade intelectual é traçado no CDADC com quatro incriminações específicas: *o crime de usurpação de uma obra ou prestação artística*, sem autorização do seu autor ou criador (artigo 195.º); *o crime de contrafacção de obra, prestação artística, fonograma videograma o emissão de radiodifusão* (artigo 196.º); *o crime de violação do direito moral* por invocação ilegítima da paternidade de uma obra ou prestação artística ou por atentado à integridade da obra, do seu autor ou do artista (artigo 198.º) e *o crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada* através de actos que a coloquem à disposição do público (artigo 199.º, todos do CDADC).

O regime prevê penas até 3 anos de prisão cumulados com multa de 150 a 250 dias, passíveis de agravação para o dobro em caso de reincidência. As soluções são ainda endurecidas com três aspectos adicionais: a proibição de suspensão de execução da pena em caso de reincidência, a punição quer do dolo quer da negligência e a confirmação processual dos crimes como crimes públicos e não, como acontece nos crimes contra a propriedade industrial, como crimes semi-públicos (em que o procedimento criminal depende da apresentação de uma queixa tempestiva pelo ofendido).

b) Uma parte da tutela penal da propriedade intelectual efectiva-se também por via dos crimes contra a propriedade industrial. Estas incriminações surgem no Código da Propriedade industrial organizadas em três grandes tipologias: *crimes de uso indevido* (de patentes, de direitos exclusivos sobre desenhos e modelos, de contrafacção em parte, de violação ou uso ilegal de denominação de origem protegida e de venda ou colocação em circulação de bem desta natureza: artigos 321.º a 325.º do CPI), *crimes de falsificação* (por contrafacção ou imitação, por obtenção abusiva de registos ou por falsidades registais: artigos 323.º, 327.º e 328.º do CPI); *violação de segredos* (artigo 318.º CPP e contraordenação do artigo 331.º, com relevância penal por via da tutela efectuada pelo Código Penal, em conexão com o regime de segredo do CPI).

Estas incriminações são todas dolosas (não se pune o facto negligente), prevêm penas que vão de 1 anos de prisão a 3 anos de prisão, com multa alternativa, e em todos os casos o procedimento criminal depende da apresentação de queixa tempestiva pelo ofendido (titular do bem jurídico protegido). Quer isto dizer, no

fundo, que a tutela penal por via do regime de direitos de autor é mais severa e intensa do que por via da protecção da propriedade industrial.

c) A Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de Setembro) pode ser igualmente aplicável, quando se trate da *reprodução ilegítima de programa informático protegido por lei, de reprodução topográfica de um produto semi-condutor* ou, ainda, *de actos de importação ou exploração comercial dessas realidades* (artigo 8.º). O crime é doloso, tem pena de prisão até 3 anos e multa alternativa e tem natureza pública (o Ministério Público pode iniciar por si só o procedimento criminal sem estar condicionado pela apresentação de queixa).

d) Finalmente, o Código Penal considera crime a violação de segredo alheio (artigo 195.º) e o aproveitamento indevido de segredo relativo a actividade comercial, industrial, profissional ou artístico alheio (artigo 196.º). Os tipos incriminadores implicam uma conexão substantiva com os regimes de segredo respectivos, são apenas dolosos, cominam penas até um ano de prisão com multa alternativa e têm natureza semi-pública (artigo 198.º), pelo que o procedimento criminal só se pode iniciar com queixa tempestiva do ofendido.

4. O mapa legal acima sintetizado gera evidentemente situações de concurso aparente e de concurso efectivo: assim, por exemplo, os crimes de violação de segredos acabam por prevalecer sobre a contraordenação do CPI, os crimes públicos do CDADC acabam por prevalecer sobre os crimes semi-públicos do CPI e os crimes com penas mais graves do primeiro consomem os crimes com penas menos graves do segundo, caso exista identidade de facto de bens jurídicos tutelados.

5. A jurisprudência nacional tem densificado e esclarecido alguns casos interessantes, como seja o problema de saber se a aplicação de aparelhos de ampliação de som a um televisor num estabelecimento comercial corresponde ou não a um caso de crime de usurpação (art. 195.º do CDAD). O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça n.º 15/2013, de 16 de Dezembro, considerou que não existe tipicidade para tal facto no crime de usurpação, porque tal hipótese não configura uma nova utilização da obra transmitida.

De igual modo, têm ocorrido em todo o país inúmeros os casos de reprodução e comercialização ilegítima de sinal de *internet* e de serviços de televisão por cabo (conhecidos como *streaming* e *cardsharing*). A tais situações tem sido, em regra, aplicável em concurso efectivo o crime de falsificação informática (previs-

to no artigo 3.º da Lei do Cibercrime) e de usurpação (agravada) previsto nos artigos 195.º e 197.º do CPDA-DC, acima referidos (*supra* 3.a).

Rússia

Dr. Svetlana Paramonova

Adjunct Professor,

*Department of International and European Law,
Free University of Brussels, Vesalius College*

In accordance with art. 44 pa. 1 of the Constitution of the Russian Federation¹ intellectual property is protected by law.

Among all the laws dedicated to the protection of intellectual property, criminal law is of particular importance, since it protects intellectual property from the most dangerous infringements - crimes.

The following crimes against intellectual property are provided for by the Russian Criminal Code (CC RF): *Infringement of copyright and related rights, art. 146 CC RF; Infringement of patent and inventor's rights, art. 147 CC RF; Illegal use of means of individualization of goods, works and services, art. 180 CC RF; and Illegal receipt and disclosure of information constituting commercial, tax or banking secret, art. 183 CC RF.* Art. 183 protects intellectual property only in part of the unlawful receipt and disclosure of information constituting a commercial secret (know-how).

The Criminal Code of the Russian Federation does not provide for either a Section or a separate Chapter dedicated to "Crimes against Intellectual Property". Instead, crimes under art. 146 and art. 147 CC RF are located in *Chapter 19 "Crimes against constitutional rights and freedoms of man and citizen"*. The crimes under art. 180 and art. 183 CC RF are located in *Chapter 22 "Economic crimes"*. Some legal scholars propose to place the group of crimes infringing intellectual property as an independent chapter of the Criminal Code of the Russian Federation³.

According to **art. 146 CC RF**, the subject of violation of copyright and related rights are works of science, literature and art that are the result of creative activity, regardless of the purpose and value of the work, as well as of the way it is expressed (works of scientific and artistic literature, painting, sculpture, graphics, design, decorative arts, architecture, as well as computer programs, video, photo, film, audio, etc.). A list of specific objects of legal protection falling under the concept of intellectual property is provided for by art. 1225 of the Civil Code of the Russian Federation⁴. Official

documents, state symbols and signs, informational messages about events and facts are not the subjects of violation of intellectual property.

The objective side of the crime (*actus reus*)⁵ under art. 146 pa. 1 CC RF constitutes the act in the form of attribution of authorship (plagiarism) that should cause a consequence in the form of significant damage (that exceeds 1500 euros) to the author or other copyright holder. Assignment of authorship takes place in the following situations: release under the name of someone else's work; using in his/her works the works of other authors without reference to them; release of a work created in collaboration with other authors, without mentioning the co-authors.

The objective side of the crime (*actus reus*) under art. 146 pa. 2 CC RF consists of the perpetration of any of the following actions: Illegal use of copyright or related rights, for example, their publication, reproduction, and distribution without the consent of the author or other copyright holder. It is also acquisition, storage or transportation of counterfeit copies of works or phonograms for marketing purposes, committed on a large scale, i.e. exceeding 1500 euros.

The subjective side (*mens rea*) of these crimes is expressed in the direct intent to commit these acts, but may also consist in the direct as well as indirect intent of the perpetrator in relation to the consequences of the crime.

The subject for legal protection with regard to *patent and inventor's* rights in accordance with **art. 147 pa. 1 CC RF** are:

- a) invention - the solution of a technical problem, characterized by a significant novelty; it is granted legal protection if it is new, has an inventive level, and has industrial applicability;
- b) utility model - the constructive implementation of the means of production and consumer goods;
- c) industrial design - artistic and design solution of the product determining its appearance.

The right to the invention and the industrial design confirms the patent and the right to the utility model gives the certificate. The patent (certificate) owner has the exclusive right to use the invention, utility model or industrial design in accordance with art. 1229 of the Civil Code of the Russian Federation in any manner not contrary to the law (exclusive right to an invention, utility model or industrial design). The patent (certificate) owner may dispose of the exclusive right to an invention, utility model, and industrial design.

The objective side of the crime (*actus reus*) includes commission of at least one the following actions:

- illegal use of an invention, utility model, and industrial design;
- disclosure of the invention, utility model, and industrial design before the official publication of information about them without the consent of the author or the applicant;
- assignment of authorship;
- coercion to co-authorship.

In order to be criminally punishable, the action shall be committed on a large scale, i.e. damage shall exceed 1500 euros.

Subjective side (*mens rea*) constitutes direct intent regarding the commission of any of these actions and direct or indirect intent of the perpetrator in relation to the consequences.

Arts. 180 and 183 CC RF protect from illegal use of means of individualization of goods, works, and services, such as use of another's trademark, service mark, and appellation of origin, as well as from illegal receipt and disclosure of information constituting commercial secret (know-how) accordingly.

Based on the above, crimes against intellectual property are criminal acts committed with a direct intent infringing exclusive (property) right of the right holder to the results of his/her intellectual activity and means of individualization.

Notes

1 *Constitution of the Russian Federation*, 12.12.1993 (referendum); <http://www.consultant.ru>.

2 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-Φ3; <http://www.consultant.ru>. Further CC RF.

3 *Shul'ga, A.V.* Obyekt i predmet prestupleniy protiv sobstvennosti v usloviyakh rynochnykh otnosheniy i informatsionnogo obshchestva, Avtoref. Diss., pp. 43, 46.

4 See also Resolution of the Supreme Court of the Russian Federation "On the legal practice of criminal cases on copyright, related rights, patent and inventor's rights, as well as on illegal use of a trademark", April 26, 2007 N 14.

5 It is according to a **quadripartite mode of analysis of criminal liability** (object, objective side of the crime, subject, subjective side of the crime) which was developed by the legal doctrine and is recognized and applicable in the judicial practice: *Kistyakovskij A.O.* Obschee ugolovnoe pravo. 2nd edition, Sankt-Peterburg, 1895, p. 59; *Kuznecova N.F.* Kurs ugolovnogo prava. Zercalo. Moscow, 2002, p. 166; *Kudryavzev V.N.* Ugolovnoe pravo Rossii. Jurist. Moscow, 2004, p. 98; *Kropachev N.M.* Ugolovnoe pravo Rossii, p. 364; *Paramonova S.* Criminal Offenses in Russian Tax Law. *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-256; *Paramonova, S.* Principle of legality in Russia. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (ed(s).): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law.* Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 103-117.

Ucrania¹

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho,

Jefe de sección de la fiscalía

de la provincia de Ivano-Frankivsk, Ucrania

I. INTRODUCCIÓN

Según el art. 41 de la Constitución de Ucrania cada persona tiene derecho a tenencia, uso y disposición de sus creaciones intelectuales y artísticas. La protección de los derechos morales y patrimoniales de los sujetos del derecho de autor y conexos —según la Ley de Ucrania sobre el derecho de autor y los derechos conexos (LDADC)— se realiza por vía administrativa, civil y penal.

Uno de los métodos más eficaces de la protección de los derechos de la propiedad intelectual deberá ser la responsabilidad penal por la infracción de éstos, determinada en el art. 176 del Código Penal de Ucrania (CPU).

Artículo 176. Infracción del derecho de autor y los derechos conexos.

*1. Reproducción o distribución ilícita de las obras de ciencia, literatura y arte, programas de ordenador y bases de datos, reproducción o distribución ilícita de ejecuciones, fonogramas, videogramas y programas de difusión, asimismo tiraje y distribución ilícitas de ejecuciones, fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión en cintas de audio, cintas de vídeo, discos, otros medios de información, **camcording**, **card sharing** u otras infracciones intencionadas del derecho de autor y los derechos conexos, así la financiación de tales acciones si por éstas fueron causados daños materiales significativos, – se sancionan con una multa de doscientas a mil unidades mínimas de la base no imponible o con pena de trabajos correccionales hasta dos años o privación de libertad durante el mismo término.*

2. Las mismas acciones si han vuelto a ser cometidas o han sido cometidas intencionadamente por un grupo o han causado daños materiales importantes, –se sancionan con una multa de mil a dos mil unidades mínimas de la base no imponible o con pena de trabajos correccionales hasta dos años o privación de libertad de dos a cinco años.

3. Acciones determinadas en las dos primeras partes del presente artículo que han sido cometidas por funcionarios con abuso de funciones o por grupo organizado o han causado daños materiales muy importantes, – se sancionan con una multa de dos a tres mil unidades mínimas de la base no imponible o con privación de libertad de tres a seis años con inhabilitación para ejercer determinados cargos o realizar determinadas actividades hasta tres años.

Nota. En los artículos 176 y 177 del presente Código los daños materiales se consideran significativos si superan veinte unidades mínimas de la base no imponible, importantes si superan doscientas unidades mínimas de la base no imponible y muy importantes si superan mil unidades mínimas de la base no imponible.”

II. EL BIEN JURÍDICO

El derechos de autor y conexos consisten de los derechos morales y los derechos patrimoniales de los diversos sujetos de la propiedad intelectual.

Científicos ucranianos no consideran violación de los derechos personales de los sujetos de los derechos de autor y conexos como delito. Violaciones de los derechos morales de los sujetos de los derechos de autor y conexos no pueden causar a éstos los perjuicios materiales en el sentido del art. 176 del CPU.

Los derechos morales de los sujetos de los derechos de propiedad intelectual son objeto de protección civil y sus violaciones pueden ser calificadas como infracciones administrativas previstas en el art. 51² del Código de Ucrania de infracciones administrativas.

El legislador al exponer la disposición del art. 176 del CPU, acentuó atención en consecuencias de la acción (perjuicio material importante) como indicio indispensable del delito. Perjuicios materiales para sujetos de los derechos de autor y conexos sólo pueden producirse si han sido violados sus derechos patrimoniales previstos en los art. 15, 39, 40 y 41 de la LDADC.

III. EL TIPO BÁSICO DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

1. Objeto material del delito

En las disposiciones del art. 176 del CPU el legislador definió directamente el concepto generalizado de objeto material de un determinado delito como trabajos científicos, obras de arte y literatura, programas de ordenador, bases de datos, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión. Una lista de las obras que son objetos de derecho de autor se presenta en el art. 8 de la LDADC.

2. Conductas típicas

Al analizar el contenido de los artículos 15, 39, 40 y 41 de la LDADC se puede llegar a la conclusión de que legislador apartó en la disposición del apartado 1 del art. 176 del CPU dos tipos de infracción de los derechos patrimoniales del autor, ejecutante, productor de fonograma, videograma, organización de radiodifusión es decir el derecho de permitir o prohibir la reproducción o distribución de los objetos de los derechos de autor y conexos.

Reproducción es la producción de uno o más ejemplares de la obra, ejecución, fonograma, videograma en cualquier forma material, así como su grabación

para guarda temporal en forma electrónica (incluida forma digital), óptica u otra que puede ser leída por el ordenador. El contenido de la noción “reproducción del programa de radiodifusión” la Ley no lo determinó pero en literatura jurídica lo entienden del mismo modo.

Pero no todas las reproducciones de los objetos del derecho de autor y los derechos conexos realizadas sin consentimiento de sus autores, ejecutantes o productores son ilícitas.

De acuerdo con los reglamentos de los artículos 21-23, 25 de la LDADC se permite reproducción libre de la obra sin consentimiento del autor u otro titular si se hace ver el nombre del autor (con fines educativos, para uso personal etc.).

Otra modalidad de conductas típicas punibles en el ramo de los derechos de autor y conexos es la distribución ilícita de obras, fonogramas, videogramas o programas de difusión. La misma distribución de los objetos de los derechos de autor y conexos es el objetivo final de los transgresores de los derechos de propiedad intelectual, pues su resultado es la obtención de ganancias a cuenta de la utilización ilícita de los productos creativos ajenos.

En concordancia con el art. 2 de la LDADC, la distribución de los objetos de los derechos de autor y conexos es toda clase de acciones con la ayuda de las cuales, los objetos de los derechos de autor y conexos, directa o indirectamente se ofrecen al público, incluso llevar estos objetos a conocimiento del público, de tal manera que sus representantes puedan tener acceso a estos objetos desde cualquier lugar y en cualquier momento por decisión propia.

Otras conductas típicas son las siguientes:

- Comunicación pública ilícita de obras, interpretaciones, fonogramas, videogramas o programas de difusión,
- Traducción ilícita de obras literarias,
- Alteración ilícita de obras musicales, incluso su transformación, adaptación e instrumentación,
- Inclusión ilícita de alguna obra como parte integrante de colecciones, antologías, enciclopedias, etc.,
- Importación ilegal de obras, fonogramas o videogramas,
- Plagio – comunicación pública, completa o parcial de alguna obra ajena bajo el nombre de quien en realidad no es el autor de esta obra.

El legislador estableció tres nuevos tipos del delito: **camcording**, **card sharing** y la financiación de las infracciones intencionadas del derecho de autor y los

derechos conexos (Ley No. 1977-VIII del 23 de marzo de 2017).

Camcording es una grabación de video de una obra audiovisual durante su demostración pública en cines, otras instituciones cinematográficas realizada por personas ubicadas en el mismo local donde se realiza dicha demostración pública para cualquier propósito sin el permiso del titular de los derechos de autor o derechos relacionados.

Card sharing es la provisión en cualquier forma y en cualquier manera de acceso al programa (transmisión), cuyo acceso está limitado al sujeto de los derechos de autor o los derechos conexos mediante el uso de medios técnicos de protección (tarjeta de abonado, código, etc.). Como resultado de estas acciones, el programa (transmisión) puede ser percibido o accesible de otra manera sin el uso de medios técnicos de protección.

Obviamente, estas acciones también violan los mencionados derechos patrimoniales del autor o del sujeto de los derechos conexos. **Camcording** es un tipo de la reproducción ilegal de los objetos del derecho de autor y conexos. **Card sharing** es un tipo de la distribución ilegal del programa (transmisión). En consecuencia, la asignación de estos actos en tipos separados del delito no llevó a la extensión de la gama de actos delictivos.

La financiación de las infracciones intencionadas del derecho de autor y los derechos conexos es las actividades relacionadas con la organización de la reproducción y distribución ilegal de los objetos de los derechos de autor y conexos. Anteriormente, esas actividades también eran punibles porque representaban una forma de la complicidad en la comisión del delito previsto en el art. 176 del CPU.

3. El perjuicio (daño) material

La medida del perjuicio material ocasionado al sujeto del derecho de autor o los derechos conexos, deben determinarse como la suma de dinero de debe recibir (debería recibir) el sujeto del derecho de autor o los derechos conexos por los correspondientes objetos de derecho intelectual, en el caso de que si lo especificado en las disposiciones del apartado 1 del art. 176 del CPU, haya sido efectuado de acuerdo con la legislación que determina (reglamenta) su efecto, o sea, la suma perdida o ganancias no recibidas.

4. El sujeto activo del delito y tipo subjetivo

El sujeto activo del delito, previsto en los apartados 1 y 2 del art. 176 del CPU, puede ser, de acuerdo con los art. 18 y 22 del CPU, toda persona física, condenable,

que haya llegado a los dieciséis años de edad. Condenable, según del CPU, se reconocerá a la persona que durante la ejecución del delito actúe con pleno conocimiento de la acción y las dirija de la misma manera.

El tipo subjetivo del delito se caracteriza por la intención directa o indirecta.

En concordancia con el apartado 2 del art. 24 del CPU, se tiene intención directa si la persona reconocía el carácter de peligrosidad social de su acción, preveía sus consecuencias peligrosas (elemento intelectual de la intención) y deseaba la llegada de estas consecuencias (elemento volitivo de la intención). La intención indirecta se diferencia solo por el elemento volitivo – la persona culpable no deseaba la llegada de las consecuencias de peligrosidad social, sin embargo, admitía la posibilidad de su llegada.

En el caso de la infracción de los derechos patrimoniales de los sujetos del derecho de autor y los derechos conexos, el culpable incondicionalmente reconoce el carácter de peligro social de sus acciones, él entiende también que contra los sujetos del derecho de la propiedad intelectual puede ser ocasionado determinado perjuicio, no obstante, indiferentemente se relaciona con la llegada de tales consecuencias. Es evidente que, en el caso de la reproducción o la distribución ilícita, en particular, de obras audiovisuales, el infractor puede totalmente no saber quién es el propietario de los derechos patrimoniales de estas obras, tanto menos determinar la medida del perjuicio material que se ocasiona por el delito.

Precisamente por esto, muchos de los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos se cometen con intención indirecta.

IV. PROBLEMAS DE PERFECCIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

El alto nivel de piratería intelectual en Ucrania, los problemas de aplicación del art. 176 del CPU en la práctica necesitan de perfeccionamiento de dicha norma penal.

En primer lugar, resultará racional establecer en las disposiciones del apartado 1 del art. 176 del CPU una lista completa de las infracciones del derecho de autor y los derechos conexos, negándonos al término “otras infracciones del derecho de autor y los derechos conexos”.

En segundo lugar, será necesario modificar el tipo básico del art. 176 del CPU en la parte donde se definen las consecuencias socio-peligrosas de este delito,

eliminando de la disposición del apartado 1 de dicha norma la indicación a la medida significativa del perjuicio material como elemento indispensable del aspecto objetivo del delito.

En tercer lugar, para elevar la efectividad de la lucha contra la piratería intelectual, es necesario penalizar las acciones relacionadas con la circulación de copias pirateadas de los objetos de los derechos de autor y conexos, ya que ahora, el almacenamiento, transporte, salida del territorio aduanero ucraniano (exportación) no se pueden denominar infracciones del derecho de autor y los derechos conexos.

La inclusión a la legislación penal precisamente de estos cambios, va a influir en el abastecimiento de una efectiva protección legal del derecho de autor y los derechos conexos.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrushko P.P. Kryminalno-pravova okhorona prav intelektualnoi vlasnosti [La protección penal de los derechos de la propiedad intelectual] (en ucraniano). Kyiv, 2004, 160 p.
- Hulkevych V.D. Kryminalno-pravova okhorona avtorskoho prava i sumizhnykh prav [La protección penal del derecho de autor y los derechos conexos] (en ucraniano). Tesis doctoral. Lviv, 2008, 208 p.
- Hulkevych W. La protección penal de los derechos de autor y conexos. Revista Penal. 2006, No 17, p. 177-192.
- Kharchenko V.B. Kryminalno-pravova okhorona prav na rezultaty tvorchoi dijalnosti ta zasoby indyvidualizacii v Ukraini [La protección penal de los derechos sobre los resultados de la actividad creativa y los medios de individualización en Ucrania] (en ucraniano). Kharkiv, 2011, 480 p.

Notas

- 1 A diferencia de la ley española sobre propiedad intelectual la ley ucraniana correspondiente se titula “Sobre el derecho de autor y los derechos conexos”.

Uruguay

Sofía Lascano¹

Pablo Galain Palermo²

1. Se puede decir que la propiedad intelectual es el género bajo el cual se encuentran dos especies: los derechos de autor y conexos, y la propiedad industrial, esta última a su vez se diferencia entre

la protección de marcas y la de patentes. La necesidad de tutela penal de estos derechos surge con la explotación económica de la creación intelectual por la cual debiera beneficiarse su titular, y se va ampliando en cuanto a su objeto y sujetos alcanzados, en función del desarrollo tecnológico.

2. Esta clase de delitos suelen relacionarse o ser estudiados actualmente bajo la doctrina Penal Económica y si se quiere Penal Informática, debido a los nuevos contenidos cibernéticos y a los desafíos que se asumen en cuanto a la transferencia y uso de estos en la red. Se genera así la necesidad de rever las regulaciones aplicables y su suficiencia para adaptarse a nuevas formas de protección.
3. Sin embargo y sin perjuicio de ello, también tienen relevancia económica como se indicó, ya que la violación de esos derechos puede suponer competencia desleal, perjuicio a las inversiones de un país, evasión fiscal, entre otros que afectan no solo a su titular sino a una comunidad toda. Siendo por ejemplo en Uruguay, delitos precedentes del lavado de activos.
4. Asimismo, la globalización como fenómeno ha generado que las regulaciones ya no sean tan distintas en los diferentes países, variando entonces la aplicación y no las situaciones recogidas por las disposiciones normativas que contemplan qué y cómo se protegen esos bienes inmateriales o incorporeales, entre otras cuestiones. La referencia hoy es a la Propiedad Intelectual comprendiendo todas las creaciones.
5. El sistema penal uruguayo prohíbe la reproducción ilícita de obras literarias y artísticas en general (teatrales, musicales, cinematográficas, etc.) y cualquier tipo de reproducción o simulación de obras originales. La ley principal es la 9.739 de 1937, modificada luego por sucesivas normas que fueron incorporando distintas convenciones o tratados internacionales relacionadas con la protección del patrimonio cultural inmaterial o la propiedad intelectual. El Código Penal Uruguayo, específicamente el título XIII “Delitos contra la propiedad”, prevé la protección penal de la propiedad literaria y derechos de autor, el derecho marcario, las patentes de invención, los modelos de utilidad y diseños industriales, entre otros conexos a estos. Se penaliza desde la edición hasta la distribución o venta, dependiendo del derecho de que se trate.

El objeto sobre el que recae el accionar criminal es una obra, una interpretación, un fonograma o una emisión ajena, que sin autorización es utilizada por el actor.

6. El alcance de la protección penal varía según se trate de marcas o patentes, ya que tienen requisitos distintos exigidos por la ley para tipificar su violación o alteración. Sin embargo, necesariamente en ambos casos deberá producirse un perjuicio patrimonial o económico, más allá de la afectación moral por tratarse de cuestiones artísticas y culturales.
7. No obstante, son delitos pluriofensivos y en general tienen impacto sobre la forma de hacer negocios, de relacionarse y hasta responden a la idiosincrasia de un país. Afecta tanto a países desarrollados como a los que no lo son y muchas veces suponen pérdidas millonarias por el desconocimiento a la protección, por ejemplo, con el fenómeno de la “piratería”.
8. De acuerdo con datos oficiales disponibles en la web del Poder Judicial de Uruguay, en materia de crimen organizado al 2016, el 8,3% de los procesados fueron por delito continuado previsto por el art. 46 literal A de la ley 9.739 “Propiedad literaria y artística” en las modalidades de venta, reproducción, almacenamiento³.
9. En cuanto a las sanciones por la reproducción ilícita de una obra literaria o artística, según el Art. 15 de la ley 17.616 de 2003, la edición, venta, reproducción, distribución, almacenamiento para pública distribución, con ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado sin la autorización escrita del titular, puede ser castigada con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaria. En realidad, lo que el legislador uruguayo castiga es cualquier tipo de contravención a ley de protección de la propiedad literaria o artística, en particular en lo que refiere a la reproducción ilícita de la obra en cuestión. La información electrónica también es protegida por el sistema penal uruguayo.
10. Es interesante considerar que el sistema penal no solo castiga la reproducción ilícita con ánimo de lucro o para causar un perjuicio injustificado al autor o al titular del derecho, sino que prohíbe también la reproducción ilícita sin tales ánimos de lucro o intenciones de causar un perjuicio. En este último caso, la pena es de multa, que en la lógica punitiva sugiere una intensidad menor que la pena privativa de libertad.

11. El sistema sancionatorio permite el decomiso y destrucción de las copias y de todos los dispositivos utilizados para la fabricación de las mismas.
12. En particular se protege la propiedad sobre las patentes industriales (patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales) y se castiga con penas de tres meses hasta seis años de privación de libertad, todo tipo de falsificación y comercialización de mercaderías cuya marca se encuentre adulterada. La condición especial del autor de haber sido dependiente del titular de la patente de invención o de un licenciario de la misma (o el hecho de haber obtenido el conocimiento de estos), se considera una forma de agravante del delito que aumenta el castigo de quince meses a cuatro años de privación de la libertad.

Notas

1 Integrante del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (<http://olap.fder.edu.uy/>).

2 Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal.

3 Ver: file:///C:/Users/Sof%C3%ADa/Downloads/Crimen_Organizado_Informe_2016.pdf

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho Penal. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Penal y Procesal Penal

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Zulia

Introducción

Cualquier creación de la mente humana puede llegar a constituir propiedad intelectual de alguien, siempre y cuando el interesado cumpla con los requisitos establecidos en la legislación respectiva. Dentro de esas creaciones las más comúnmente mencionadas son los inventos, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes, los dibujos y los modelos utilizados en el comercio. Términos que normalmente los consideran relacionados con las patentes, el derecho de autor, la marca y las denominaciones de origen, el derecho de los autores y de los artistas, intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores sobre sus grabaciones

y programas de radio y televisión, y demás medios, entre otros.

Podemos por lo tanto decir, que la propiedad intelectual constituye un bien económico, que incluye una gran variedad de productos, tanto físicos como intangibles, sujetos a explotación económica por parte de quien tenga esos derechos de propiedad, que concede una serie de prerrogativas y exclusividades a quien los posea, de acuerdo con las disposiciones de la legislación del país de que se trate. Por lo cual, cualquier otra producción intelectual que no esté expresamente contemplada en la Ley o sobre la cual no se haya solicitado dicha protección, de acuerdo a la Ley, cumpliendo con los requisitos exigidos, no constituirá propiedad intelectual en sentido jurídico.

Por supuesto, en algunos países, la protección a la propiedad intelectual es más amplia y se considera que incluye a cualquier creación de la mente humana, tal y como lo plantea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sin embargo, en otras legislaciones dicha protección es más restringida, ya que sólo reconocen a las creaciones que están expresamente establecidas en la ley y no garantizan que la explotación económica sea exclusiva.

Tomando en consideración que no toda idea inventiva es patentable, ya que solo es posible de patentizar cuando el descubrimiento se puede individualizar y materializar en la solución de un problema técnico industrial, por lo cual, en consecuencia, los descubrimientos teóricos y simplemente especulativos y posibles, no son objeto de patente. En ese sentido, es evidente que la protección que da el Estado mediante la patente, se basa en la justificación social que tiene la invención en cuanto a la solución del problema planteado y aún no resuelto.

Antecedentes

Las primeras manifestaciones de propiedad intelectual se dieron en Europa en la época del renacimiento, con la aparición de la prensa de imprenta con tipos móviles de metal, inventada por Johannes Gutenberg hacia 1450¹, pero otorgadas como gracias reales en forma de patentes o monopolio, de algunas obras literarias específicas, como fue el caso de la que se concedió en la República de Venecia en 1474, a favor de Pietro di Ravenna, para imprimir su obra “*Fénix*”. A la cual la siguió en 1501 otra patente en Alemania y en 1518 otra en Inglaterra. Siempre bajo control monárquico o estatal, directamente, o a través de la iglesia

Posteriormente, durante la ilustración, especialmente con las legislaciones de 1741² y de 1762³, que fueron las primeras, la tendencia dominante fue dejar el asunto en manos del librero o impresor y el autor, para que lo resolvieran entre ellos y llegaran a un acuerdo justo, sobre el valor del trabajo intelectual, del derecho de autor, considerado el derecho de propiedad más personal posible, producto de su intelecto, de su ingenio, de su pensamiento, por lo cual debería ser protegido. Opinión que no ha sido unánime, ya que algunos no lo consideran realmente un derecho, sino más bien un privilegio, que, según ellos, constituye un obstáculo y una restricción a la libertad y al derecho de los demás ciudadanos a conocer una obra literaria o aprovechar un invento.

La expansión del capitalismo, el desarrollo industrial y tecnológico, así como los grandes inventos y avances de los siglos XIX y XX, fueron consolidando la idea de la propiedad intelectual, especialmente del derecho de autor, todo lo cual llevó a que se promulgaran las legislaciones necesarias para protegerlo, primero a nivel nacional, luego a nivel regional, principalmente en Europa, hasta la actualidad, cuando dicha protección se ha globalizado, hasta el nivel en que actualmente se encuentra, prevista y consagrada en tratados y convenios internacionales.

De tal manera, que el reconocimiento mundial del tema de la propiedad intelectual es relativamente reciente y no fue sino en 1986 que Estados Unidos y otros países, plantearon formalmente la necesidad de la protección de la propiedad intelectual y el derecho de autor, como un asunto importante que debe formar parte del comercio internacional. Las negociaciones se iniciaron y se llegó a ciertos convenios, como el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), del inglés General Agreement on Tariffs and Trade, actualmente conocida como la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), también conocido por su nombre en inglés *TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*. Dicha protección ha alcanzado un gran desarrollo, y, lógicamente, abarca tanto el área civil y mercantil, como el área penal, que es a la que me referiré mayormente en este trabajo, específicamente en relación con Venezuela.

SITUACIÓN DEL ASUNTO A NIVEL MUNDIAL

Existe una gran variedad legislativa a nivel mundial en relación con este tema, especialmente en materia de

Patentes, lo que llevó a las Naciones Unidas a realizar un estudio denominado La Función de las Patentes en la Transmisión de la Tecnología a los Países en Desarrollo, donde, entre otras cosas, se cuestionan los abusos de algunos de los sistemas nacionales de patentes, así como la no utilización de las patentes, las prácticas comerciales restrictivas, las regalías excesivas, etc. Se determinó también que algunos países desarrollados aplican medidas de control demasiado estrictas, que pueden impedir o al menos dificultar el desarrollo de las industrias nacionales de otros países, afectando empleos y aumentando el gasto, que pueden crear monopolios e incrementar los precios a los consumidores, así como países donde si no se explota la patente en un periodo determinado, la revocan.

Para corregir estas distorsiones, se han celebrado numerosos tratados y convenios, como en el caso latinoamericano, el llamado Acuerdo de Cartagena, tratando de uniformar las medidas y hacerlas menos estrictas.

VENEZUELA

En Venezuela, desde una fecha tan temprana como el 19 de abril de 1842, luego de declarada la independencia y separación de la Gran Colombia, el Congreso Nacional dictó la Ley sobre Patentes de Invención, posteriormente, el 18 de mayo de 1877, se promulgó la Ley de Marcas de Fábricas y de Comercio, luego la Ley de Propiedad Industrial de 1956, y finalmente, en 1993, la ley Sobre el Derecho de Autor, así como diversos reglamentos relativos a la materia.

Por otro lado, Venezuela suscribió en 1983, un Convenio con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (PNUD-OMPI), para la reestructuración y modernización de la Propiedad Industrial, vigente hasta 1985, prorrogado luego hasta diciembre de 1988, que permitió establecer la Oficina de Registro de Propiedad Industrial, con sistemas computarizados para análisis y examen de marcas y modelos, con la debida información tecnológica y de Propiedad Industrial. Programa éste que se desarrolló conjuntamente con el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), creándose el Servicio de Información Tecnológica y de Propiedad Industrial (SITPL), donde se puede hacer la búsqueda computarizada de anteriores marcas y denominaciones, el estado administrativo de los expedientes, el listado de las solicitudes, información nacional e internacional sobre patentes, los antecedentes de patentes y modelos industriales, así como asesorías técnicas, consultas y otros servicios.

El artículo 156 de la Constitución Nacional vigente, establece que es de la competencia del Poder Público Nacional, entre otras muchas actividades, todo lo referente a “*la de propiedad intelectual, artística e industrial*”, y el gobierno nacional ha dispuesto que una de las competencias atribuidas al Ministerio del Poder Popular para el Comercio, es lo relativo a la propiedad intelectual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 numeral 8, del Decreto N° 6.626, Sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, publicado en Gaceta Oficial N° 39.130, del 3 de Marzo de 2009.

ANÁLISIS DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Artículo 1. “*Las disposiciones de esta Ley protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino. Los derechos reconocidos en esta Ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra y no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad. Quedan también protegidos los derechos conexos a que se refiere el Título IV de esta Ley*”.

Como puede observarse, de acuerdo con el artículo 1, el derecho de autor es independiente de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra y la protección Legal también abarca a los derechos conexos, por lo cual, la protección es muy amplia, mayor que la establecida por la OMPI.

Artículo 2. “*Se consideran comprendidas entre las obras del ingenio a que se refiere el artículo anterior, especialmente las siguientes: los libros, folletos y otros escritos literarios, artísticos y científicos, incluidos los programas de computación, así como su documentación técnica y manuales de uso; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales, las obras coreográficas y pantomímicas cuyo movimiento escénico se haya fijado por escrito o en otra forma; las composiciones musicales con o sin palabras; las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, grabado o litografía; las obras de arte aplicado, que no sean meros modelos y dibujos industriales; las ilustraciones y cartas geográficas; los planos, obras plásticas y croquis relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias; y, en fin, toda producción literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento*”.

En pocas palabras, todas las obras del ingenio posibles se encuentran comprendidas en esta disposición. Esta norma es sumamente amplia y muy pocas producciones quedan fuera de la protección de esta Ley, abar-

cando tanto a los derechos de los autores sobre todas las obras, como a los derechos conexos; entendiéndose por éstos los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, los derechos de los productores de fonogramas y los derechos sobre los organismos de radiodifusión. La única exigencia es que dicha producción literaria, científica o artística sea “*susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento*”

Artículo 3. “*Son obras del ingenio distintas de la obra original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, así como también las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones personales*”.

También se incluyen como obras del ingenio, las traducciones, adaptaciones, compilaciones, etc., de obras diversas, distintas de la obra original, que constituyan creaciones personales.

Artículo 4. “*No están protegidos por esta Ley los textos de las leyes, decretos, reglamentos oficiales, tratados públicos, decisiones judiciales y demás actos oficiales. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 138 de esta Ley*”.

En esta norma se establecen los textos oficiales que se encuentran expresamente excepcionados, excluidos, de protección alguna por parte de esta Ley

Artículo 5. “*El autor de una obra del ingenio tiene por el sólo hecho de su creación un derecho sobre la obra que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en esta Ley. Los derechos de orden moral son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. El derecho de autor sobre las traducciones y demás obras indicadas en el artículo 3º puede existir aun cuando las obras originales no estén ya protegidas por esta Ley o se trate de los textos a que se refiere el artículo 4º; pero no entraña ningún derecho exclusivo sobre dichas obras ya originales o textos*”.

Se establece en esta disposición, que los derechos de autor por la obra, también abarcan derechos de orden moral y patrimonial

Artículo 6. “*Se considera creada la obra, independientemente de su divulgación o publicación, por el solo hecho de la realización del pensamiento del autor; aunque la obra sea inconclusa. La obra se estima divulgada cuando se ha hecho accesible al público por cualquier medio o procedimiento. Se entiende por obra publicada la que ha sido reproducida en forma material y puesta a disposición del público en un número de ejemplares suficientes para que se tome conocimiento de ella*”.

De acuerdo con esta disposición, la obra se considera creada, aunque no haya sido publicada o divulgada, incluso así no haya sido ni siquiera culminada o concluida.

Artículo 7. “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, se presume, salvo prueba en contrario, que es autor de la obra*

la persona cuyo nombre aparece indicado como tal en la obra de la manera acostumbrada o, en su caso, la persona que es anunciada como autor en la comunicación de la misma. A los efectos de la disposición anterior se equipara a la indicación del nombre, el empleo de un seudónimo o de cualquier signo que no deje lugar a dudas sobre la identidad de la persona que se presenta como autor de la obra”.

Esta norma establece una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, sobre la autoría de la obra, supeditándolo al hecho de que aparezca indicado el nombre o seudónimo del supuesto autor.

DELITOS PREVISTOS EN LA LEY SOBRE DERECHO DE AUTOR

Los delitos relacionados con la protección a la propiedad intelectual y al derecho de autor, se refieren principalmente a conductas como la piratería y el plagio, y han estado previstas en la legislación venezolana desde su nacimiento como nación independiente, aunque bajo un muy bajo perfil jurídico, bajo un manto de total impunidad, de hacerse de la vista gorda. Esto lo vemos claramente, con la venta descarada en plena calle, a la vista de las autoridades, de CDs y DVDs de música y películas no originales, de perfumes y cartaras de imitación, de libros fotocopiados, de obras literarias reproducidas ilegalmente, de jeans y demás tipos de ropa de marcas adulteradas y falsificadas, etc., sin que se apliquen para nada las sanciones penales previstas en la Ley Sobre el Derecho de Autor.

Dicha Ley reconoce el derecho de autor como un bien jurídico-penal distinto del derecho de propiedad, como una modalidad específica del mismo, con características diferentes al protegido en el Código Penal. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Sobre el Derecho de Autor, *“La reforma en torno a las sanciones penales permite, en primer lugar, determinar y categorizar, con mayor precisión, los hechos violatorios de los derechos de autor y derechos afines que deban ser sancionados con una pena; en segundo lugar, incorporar como bienes jurídicos igualmente protegidos a las reproducciones que configuran derechos conexos; y, en tercer lugar, facilitar el enjuiciamiento de los presuntos culpables”.* De tal manera, que se consideran como bienes jurídicos no sólo a aquellos que se encuentran expresamente mencionados en la Ley, como los derechos de autor, sino también a los derechos conexos, que son los demás bienes que se encuentran relacionados con los establecidos en la Ley.

La Ley Sobre el Derecho de Autor, establece en su Título VII, los siguientes delitos dolosos, con sus respectivas sanciones penales:

El delito de plagio

Artículo 119. *“Siempre que el hecho no constituya un delito más grave previsto en el Código Penal u otras leyes, será castigado con prisión de seis (6) a dieciocho (18) meses, todo aquel que con intención y sin tener derecho a ello, emplee el título de una obra, con infracción del artículo 24; o comunique, en violación del artículo 40 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas, equiparadas a la fotografía; o distribuya, en violación del primero o segundo apartes del artículo 41, ejemplares de obras del ingenio protegidas por esta Ley, inclusive de ejemplares de fonogramas; o retransmita, con infracción del artículo 101, una emisión de radiodifusión sin el consentimiento del titular del respectivo derecho”.*

Delito de reproducción, introducción, almacenamiento, distribución, venta o circulación de copias ilegales o ilícitas de obras del ingenio protegidas por esta Ley.

Artículo 120. *“Será penado con prisión de uno a cuatro (4) años, todo aquel que con intención y sin derecho reproduzca, con infracción del encabezamiento del artículo 41 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas equiparadas a la fotografía; o quien introduzca en el país, almacene, distribuya, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación reproducciones ilícitas de las obras del ingenio o productos protegidos por esta Ley”.*

Delito de reproducción ilícita de la actuación de un intérprete o ejecutante y la circulación de dichas copias no autorizadas

Artículo 121. *“En la misma pena prevista en el artículo anterior, incurrirá todo aquel que intencionalmente y sin derecho, reproduzca o copie, por cualquier medio, la actuación de un intérprete o ejecutante, o un fonograma, o una emisión de radiodifusión, en todo o en parte, sin autorización expresa del titular del derecho respectivo, sus derechohabientes o causahabientes, o a quien introduzca en el país, almacene, distribuya, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación dichas reproducciones o copias”.*

Agravante

Artículo 122. *“Las penas previstas en los artículos precedentes se aumentarán en la mitad cuando los delitos señalados sean cometidos respecto de una obra, producto o producción no destinados a la divulgación, o con usurpación de paternidad, o con deformación, mutilación u otra modificación de la*

obra, producto o producción que ponga en peligro su decoro o la reputación de una de las personas protegidas por la Ley”.

Necesidad de denuncia de la parte interesada

Artículo 123. *“El enjuiciamiento de los hechos a que se refieren los artículos anteriores, sólo se iniciará mediante denuncia de parte interesada”.*

Sobre esta disposición ha habido cierta controversia, ya que, aunque los autores coinciden en que la acción por estos delitos es pública y no privada, hay otros que han opinado que es mixta, por lo cual han sido criticados, considerando que las acciones de naturaleza mixta no existen dentro del proceso penal venezolano, toda vez que el sistema patrio sólo admite acciones privadas y acciones públicas. Lo cierto es que de conformidad con el artículo 123, los delitos contra el derecho de autor son perseguibles por denuncia de parte interesada, es decir, de la víctima o sus derechohabientes, o por parte de quien represente al autor o se encuentre disfrutando de la explotación de la obra. Por lo cual, es evidente que, aunque la acción sea pública, se requiere igualmente del impulso procesal de la parte interesada, de la víctima.

Lógicamente, por la naturaleza y avances de la tecnología, se requiere de la existencia de algunas normas penales en blanco, para mantener la vigencia y actualización de dicha Ley.

Doctrina y Jurisprudencia Nacional

Con respecto a este tema, ha habido muy pocos casos judiciales en Venezuela, siendo los más conocidos los siguientes: Caso TOMMY HILFIGER LICENSING INC; Caso MULTIPACK DE VENEZUELA C.A., sobre derechos de patentes de invención mecánica supuestamente violados, en relación con las puertas y cerraduras MUL-T-LOCK; Caso INSUCLINIC MATERIAL Y EQUIPOS MEDICOS C.A. vs la sociedad mercantil SELVA C.A., por la fabricación de unos productos industriales denominados Bandeja Térmica y Platos Desechables Soperos, de Postre y Comidas, para servicios hospitalarios (2001); Caso CEMENTOS CUMANANA C.A.; y el Caso de la sociedad mercantil de CEMEX DE VENEZUELA SACA. Sin embargo, el caso que me parece más interesante, fue el procedimiento que se inició por la denuncia formal de los representantes legales de las firmas Walt Disney Company, Universal City Studios Incorporation, Twentieth Century fox y Time Warner Entertainment Company. D.P. (Warner Bros), en relación con las reproducciones no autorizadas de obras cinematográficas para video (au-

diovisuales), indicando que “en diversos locales clandestinos y en establecimientos comerciales abiertos al público, personas inescrupulosas se han dado a la tarea de reproducir sin autorización de nuestros mandantes, obras cinematográficas y de audiovisuales protegidas, en franca violación al derecho consagrado en el artículo 39, en concordancia con el artículo 41, ambos de la Ley sobre el Derecho de Autor”. Agregando en la denuncia, que “también en locales públicos, o clandestinos proceden a colocar en el comercio, tales productos, lo cual según los denunciantes infringe igualmente lo previsto en el artículo 41 antes aludido”, considerando que igualmente violaban los artículos 39 y 41 de la Ley Sobre el Derecho de Autor. Denunciando, por lo tanto, la reproducción y distribución ilícita de obras originalmente producidas por esas empresas. En dicho caso fueron decomisados en las casas de video “Video Brizuela, C.A.” y “Video Music Shop”, gran cantidad de videos, que, al ser evaluados por expertos, presentaron características diferentes a las de los videos originales, quedando demostrado que se trataba de reproducciones ilícitas⁴. Ver la Sentencia No. 188 del 8-4-2010 de la Sala Constitucional.

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR VENEZUELA

Son numerosísimos los tratados y convenios internacionales que ha suscrito Venezuela, relacionados con la propiedad intelectual y el derecho de autor. Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

Tratados de Propiedad Intelectual Administrados por la OMPI

Ley Aprobatoria de la Adhesión de Venezuela al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Gaceta Oficial N° 2.954 Extraordinario del 11 de mayo de 1982.

Ley Aprobatoria de la Adhesión de Venezuela al Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, Gaceta Oficial N° 2.891 del 23 de diciembre de 1981.

Ley Aprobatoria del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Adoptado el 14 de julio de 1967 (enmendado el 28 de septiembre de 1979). Adhesión el 23 de agosto de 1984. Vigencia el 23 de noviembre de 1984, Gaceta Oficial N°. 3.311 Extraordinario del 10 de enero de 1984.

Ley Aprobatoria del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Gaceta Oficial N° 4.882 Extraordinario del 30 de marzo de 1995.

Ley Aprobatoria del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.747 del 23 de diciembre de 2004.

Ley Aprobatoria del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Gaceta Oficial N° 5.754 Extraordinario del 3 de enero de 2005, pp. 37-43.

Ley Aprobatoria del Convenio de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Gaceta Oficial N° 4.968 Extraordinario del 13 de septiembre de 1995.

Tratados Internacionales relacionados con la Propiedad Intelectual Adoptados por Venezuela

Ley Aprobatoria de la Convención Universal Sobre Derecho de Autor, 1952, Gaceta Oficial N° 1.011 Extraordinario de 27 de abril de 1966.

Ley Aprobatoria de la Convención Universal sobre Derecho de Autor Revisada en París el 24 de junio de 1971, Gaceta Oficial N° 35.820 del 19 de octubre de 1995.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinaria del 28 de enero de 1978.

Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela. Aprobada por Venezuela el 10 de diciembre de 1948.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural, Gaceta Oficial N° 4.310 de 10 de septiembre de 1991.

Ley Aprobatoria del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Gaceta Oficial N° 4.780 del 13 de septiembre de 1994.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech. Gaceta Oficial N° 4.829 Extraordinario de 29 de diciembre de 1994.

Ley Aprobatoria del Convenio N° 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Gaceta Oficial Extraordinario N° 3.235 del 3 de agosto de 1983.

Ley Aprobatoria del Convenio N° 169 sobre Pueblos y Tribales del 21 de diciembre de 2000, Gaceta Oficial N° 37.305 de 17 de octubre de 2001.

Ley Aprobatoria del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica, Gaceta Oficial N° 37.355 de fecha 02 de enero de 2002.

Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales 2005, Gaceta Oficial N° 38.598, de 5 de enero de 2007.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Gaceta Oficial N° 5.822 de 25 de septiembre de 2006.

Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Gaceta Oficial N° 39.236 de 06 de agosto de 2009.

Tratados Regionales sobre Propiedad Intelectual Adoptados por Venezuela

Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial, 1929. Vigencia el 2 de abril de 1930.

Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, 1946. Vigencia el 14 de abril de 1947.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Latinoamericano de coproducción cinematográfica, Gaceta Oficial N° 4.310 del 10 de septiembre de 1991.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la creación del Mercado Común Cinematográfico Latinoamericano, Gaceta Oficial N° 4.310 del 10 de septiembre de 1991.

Ley Aprobatoria del Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana, Gaceta Oficial N° 4.310 del 10 de septiembre de 1991.

Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen, Gaceta Oficial N° 38.482 de 19 de julio de 2006.

Protocolo de Armonización de Normas en materia de Diseños Industriales de Río de Janeiro del 10 de diciembre de 1998, Gaceta Oficial N° 38.482 de 19 de julio de 2006.

Ley Aprobatoria del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 (Tratado Constitutivo del MERCOSUR), Gaceta Oficial N° 38.482 de 19 de julio de 2006.

Tratados bilaterales relacionados con la Propiedad Intelectual Adoptados por Venezuela

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre las República de Venezuela y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Gaceta Oficial N° 4.801 del 01 de noviembre de 1994.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 4.801 de 01 de noviembre de 1994.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 4.830 del 29 de diciembre de 1994.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Portuguesa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 4.846 Extraordinario de 26 de enero de 1995.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 4.853 Extraordinario de 08 de febrero de 1995.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.002 del 17 de julio de 1996.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.010 del 30 de julio de 1996.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 5.080 Extraordinario del 23 de julio de 1996.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Lituania para la Promoción de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 5.080 Extraordinario del 23 de julio de 2006.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Perú sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.266 de 11 de agosto 1997.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.268 del 13 de agosto de 1997.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.281 de 01 de septiembre 1997.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República del Paraguay sobre Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.301 de 29 de septiembre 1997.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 5.192 de 18 de diciembre 1997.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito en Caracas, Gaceta Oficial N.º 36.383 del 28 de enero de 1998.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 5.207 del 20 de enero de 1998.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 37.357 de 04 de enero de 2002.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 36.383 del 28 de enero de 1998.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 37.896 del 11 de marzo de 2004.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 38.389 del 02 de marzo de 2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Argentina para el Desarrollo Tecnológico Industrial, Gaceta Oficial N.º 38.669 de fecha 24 de abril de 2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N.º 38.894 del 24 de marzo de 2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Go-

bierno de la República Socialista de Vietnam, Gaceta Oficial N° 38.904 del 07 de abril de 2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús sobre Cooperación Comercial y Económica. Gaceta Oficial N° 38.933, de fecha 19 de mayo de 2009.

Ley Aprobatoria del “Memorándum de Entendimiento para la Apropiación Social del Conocimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán, Gaceta Oficial N° 39.085, de fecha 22 de diciembre de 2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Sudán, en materia de Ciencia y Tecnología, Gaceta Oficial N° 39.122 de fecha 17 de marzo de 2009.

Ley aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial N° 39.191 del 02 de junio de 2009.

Acuerdo entre República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Argentina sobre Promoción Comercial y Transferencia Tecnológica en materia Internacional. Resolución N° 084 del 19 de junio de 2009, Gaceta Oficial N° 39. 204 de 19 de junio de 2009.

Ley Aprobatoria del Protocolo de Enmienda al Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador, para el HYPERLINK “<http://www.pgr.gob.ve/dmdocuments/2010/39527.pdf>” intercambio de Saberes Ancestrales y Conocimientos Tradicionales entre los Pueblos Indígenas, Gaceta Oficial N° 39.527 de fecha 8 de octubre de 2010

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Protección Mutua de la Propiedad intelectual durante la Cooperación Técnico Militar Bilateral, Gaceta Oficial 39.312 de 23 de noviembre de 2009.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Protección Mutua de la Información Clasificada, publicada en Gaceta Oficial 39.312 de 23 de noviembre de 2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo Científico y Tecnológico, complementario al Acuerdo Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el

Gobierno de la República del Ecuador, Gaceta Oficial N° 39.529, de fecha 13 de octubre de 2010

Como se evidencia de la extraordinaria cantidad de tratados, acuerdos y convenios suscritos por Venezuela en esta materia, el legislador Venezolano ha seguido con mucho interés este asunto, y el Congreso Nacional (actual Asamblea Nacional), el 14 de abril de 1982, decretó la Ley Aprobatoria de la Adhesión de Venezuela al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, por lo cual se aprobó en todas sus partes la adhesión de Venezuela al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de Junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y nuevamente en París el 24 de julio de 1971, enmendado en 1979.

CONCLUSIONES

El vertiginoso desarrollo que ha experimentado la humanidad, ha sido en gran parte, gracias a los avances y adelantos alcanzados, por los descubrimientos e inventos de grandes hombres, como Arquímedes, Nicolás Copérnico, Galileo Galilei, Leonardo da Vinci, Isaac Newton, Louis Pasteur, Benjamin Franklin, Nikola Tesla, Albert Einstein y Stephen Hawking, entre muchos otros. Seres humanos dotados de un ingenio e inteligencia extraordinarias, que pusieron al servicio de toda la humanidad.

Las naciones en desarrollo, muy especialmente como el caso de Venezuela, requieren que la protección de la propiedad intelectual y del derecho de autor, no se quede en pura retórica, en simple teoría, es necesario que sea algo real y efectivo, que se conviertan en derechos que se hagan respetar.

Las personas con esas cualidades especiales que se dediquen a pensar, a investigar, a inventar, no abundan, de hecho, son muy escasas, por ello deben ser incentivadas. Los países que se han desarrollado, han entendido eso y mediante becas y otros incentivos, han logrado grandes avances. Los estudios y las actividades científicas son fundamentales para lograr el progreso científico y tecnológico, pero también se requieren otros incentivos, la fama, el respeto, el reconocimiento y la remuneración adecuada.

El asunto no es meramente económico, no es un simple afán de lucro, pero, lógicamente, eso es también muy necesario, y se aplica a todos los órdenes de la

educación y la capacitación. Nuestros maestros, profesores y catedráticos, así como los científicos e investigadores, deben ser bien remunerados, para que dediquen todo el tiempo posible, a su mejoramiento profesional y a sus investigaciones.

La propiedad intelectual y el derecho de autor, pasan entonces a ser, no sólo un derecho que tiene una persona o institución, para que se le reconozcan y protejan sus derechos sobre las obras y creaciones de su ingenio, sino que es la vía para lograr el desarrollo de las naciones. Por lo tanto, a todos nos interesa que esos derechos estén debidamente salvaguardados y respetados, que es lo que ha faltado en Venezuela y en la mayoría de los países del mundo.

Todas las creaciones, de la índole que sean, deben ser protegidas por las leyes. De manera que cada día más personas se dediquen a pensar, a inventar, a crear, a investigar, sean obras literarias, artísticas, científicas, o de cualquier índole.

Se requiere, por lo tanto, concientizar a la población en este sentido, y hacerles ver que evitar la piratería y el plagio en todos los aspectos, nos beneficia a todos.

Convencer a la población que copiarse en un examen, falsificar una nota o plagiar una tesis, son conductas que nos perjudican a todos, especialmente a quien lo hace, ya que nos acostumbramos al fraude, evitan nuestro desarrollo y el de nuestro país. Que debemos respetar los logros y éxitos alcanzados por los demás y que debemos seguir esos ejemplos e incentivarlos.

En este sentido, Venezuela también debería de actualizar y modernizar las leyes sobre propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho de autor, para adaptarlas a la realidad y a la época que vivimos.

Notas

1 Imprimiendo primero El Misal de Constanza y luego La Biblia de 42 líneas o Biblia de Mazarino. El primer Sistema de imprenta de tipos móviles de cerámica lo inventó el chino Bi Sheng entre 1041 y 1048 y el primer libro fue impreso el 11 de mayo del año 868, por el chino Wang Jie, y se llamó El Sutra del Diamante, 600 años antes que Gutenberg.

2 Dinamarca y Suecia.

3 España.

4 Ver la Sentencia No. 188 del 8-4-2010 de la Sala Constitucional