



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales**

**Maestría en Derecho Penal**

**Tema: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de propiedad intelectual”**

Trabajo de titulación previo a la obtención del  
Título de Magister en Derecho Penal

**Autor:**

Nicolás Ricardo Muñoz Pesántez  
C.I. 0105159917

**Director:**

Dr. Fernando Andrés Martínez Moscoso  
C.I. 0103793444

**Cuenca-Ecuador**

**2019**



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra la propiedad intelectual, análisis que parte de la evaluación de las conductas penalmente relevantes que atentan contra la propiedad intelectual en el Ecuador. El trabajo busca establecer si su tipificación, que gira únicamente en torno a los derechos de autor y las marcas de productos, tiene algún fundamento, ya que el tipo penal no fue originalmente incorporado en el Código Orgánico Integral Penal COIP en el año 2014, y tuvo que ser incorporado mediante reforma planteada en el año 2015. Dentro de la citada reforma se incluyó la posibilidad de responsabilizar penalmente a personas jurídicas, analizando en este aspecto, el sistema de imputación que se aplicaría en el Ecuador.

**Palabras Clave:** Delito contra la propiedad intelectual, Responsabilidad penal de la persona jurídica, Modelos de imputación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## ABSTRACT

In this document we analyze the figure of the criminal responsibility of the juridical person in the crime against the intellectual property, analysis that starts from the evaluation of the criminally relevant conduct against the intellectual property in Ecuador. The work seeks to establish if the penal type, which is established around copyrights and product brands, has some basis, considering that the criminal type was not originally incorporated into the Código Orgánico Integral Penal COIP in 2014, and it had to be incorporated through a reform proposed in 2015. In this reform, was included the criminal responsibility of the juridical person, analyzing in this aspect, the imputation system that would be applied in Ecuador.

**Key words:** Crime against intellectual property, Criminal liability of the legal person, Models of imputation.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMEN .....                                                                    | 2  |
| ABSTRACT .....                                                                   | 3  |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS .....                                                       | 4  |
| INTRODUCCIÓN .....                                                               | 8  |
| CAPITULO I .....                                                                 | 9  |
| DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. ....                                     | 9  |
| 1.1 Introducción al delito contra la Propiedad Intelectual .....                 | 9  |
| 1.2 Encuadre normativo sobre el delito de Propiedad Intelectual en Ecuador. .... | 10 |
| 1.3 Repercusión de las infracciones a la Propiedad Intelectual.....              | 14 |
| 1.4 Derechos de Propiedad Intelectual. ....                                      | 18 |
| 1.4.1 Derechos de autor .....                                                    | 18 |
| 1.4.2 Propiedad Industrial.....                                                  | 21 |
| 1.4.2.1 Patentes de invención .....                                              | 23 |
| 1.4.2.2 Modelos de utilidad .....                                                | 30 |
| 1.4.2.3 Esquema de trazado de circuitos integrados.....                          | 31 |
| 1.4.2.4 Diseños industriales.....                                                | 32 |
| 1.4.2.5 Signos distintivos.....                                                  | 35 |
| 1.4.3 Obtenciones vegetales .....                                                | 40 |
| 1.4.4 Saberes ancestrales .....                                                  | 42 |
| 1.5 Delimitación de la conducta penalmente relevante. ....                       | 43 |
| 1.5.1 Marcas de productos .....                                                  | 43 |
| 1.5.2 Derechos de autor .....                                                    | 45 |
| CAPITULO II.....                                                                 | 47 |
| RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA .....                               | 47 |
| 2.1 Origen de la persona jurídica.....                                           | 47 |



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

|                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.2 Tipos de personas jurídicas que pueden ser sujetos activos de delitos en Ecuador. ....                              | 49        |
| 2.3 Antecedentes en el derecho comparado de la responsabilidad penal de la persona jurídica. ....                       | 51        |
| 2.4 Análisis doctrinario de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. ....                                       | 54        |
| 2.5 Numerus clausus de delitos en los que la persona jurídica puede ser penalmente responsable y sus penas. ....        | 56        |
| 2.6 Capacidad de acción para delinquir de la persona jurídica. ....                                                     | 61        |
| 2.7 Capacidad de culpabilidad en la persona jurídica. ....                                                              | 62        |
| 2.8 Modelos de imputación penal para la persona jurídica. ....                                                          | 62        |
| 2.8.1 Vicarial o de transferencia de responsabilidad. ....                                                              | 63        |
| 2.8.2 Directo o de responsabilidad autónoma. ....                                                                       | 64        |
| 2.9 Sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador. ....                           | 65        |
| <b>CAPÍTULO III</b> .....                                                                                               | <b>68</b> |
| <b>RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL</b> .....                  | <b>68</b> |
| 3.1 Conclusión sobre el artículo 208A del Código Orgánico Integral Penal COIP. ..                                       | 68        |
| 3.2 Conclusión sobre el sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador. ....          | 75        |
| 3.3 Conclusión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra la propiedad intelectual. .... | 77        |
| 3.4 Propuesta en torno a las medidas cautelares en delitos cometidos por personas jurídicas en Ecuador. ....            | 79        |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....                                                                                               | <b>83</b> |



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Nicolás Ricardo Muñoz Pesántez en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de propiedad intelectual", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 25 de Febrero de 2019

A handwritten signature in blue ink, enclosed in a blue oval, positioned above a horizontal line.

Nicolás Ricardo Muñoz Pesántez

C.I: 0105159917



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Nicolás Ricardo Muñoz Pesántez, autor del trabajo de titulación "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de propiedad intelectual", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 25 de Febrero de 2019

A handwritten signature in blue ink, written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to read 'Nicolás R. Muñoz'.

Nicolás Ricardo Muñoz Pesántez

C.I: 0105159917



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## INTRODUCCIÓN

La Propiedad Intelectual y el Derecho Penal son dos ramas del derecho apasionantes, las cuales son abordadas conjuntamente en esta investigación al analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra la propiedad intelectual en Ecuador.

Cuando se promulgó el Código Orgánico Integral Penal COIP, desde el ámbito profesional e investigativo llamaron la atención dos temas principales:

- a) El desvalor penal a las conductas contra la propiedad intelectual.
- b) La incorporación de la figura de responsabilidad penal de la persona jurídica.

El presente inicia con un análisis sobre la relevancia de la protección jurídica de la propiedad intelectual, el olvido en el que se dejó a su protección penal, las figuras de protección reconocidas en nuestra legislación y la delimitación de las conductas que con la reforma del año 2015 al COIP estaría consideradas como penalmente relevantes.

A continuación, se analiza la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica, capítulo en el que se inicia analizando a la persona jurídica en sí y sus diversas modalidades existentes en Ecuador, para posteriormente analizar los sistemas de imputación de responsabilidad penal a estas entelequias, sistemas cuyo reto radica en cumplir los principios del derecho penal moderno.

Finalmente, esta obra analiza la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra la propiedad intelectual, llegando a determinar qué sistema de imputación se utiliza en Ecuador acorde al COIP y proponer un sistema de medidas cautelares eficiente cuando el procesado sea una persona jurídica.





UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO I

### DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

#### 1.1 Introducción al delito contra la Propiedad Intelectual.

En la era de Spotify, de Netflix, de las camisetas originales del Manchester United comercializándose en la avenida 9 de octubre en Guayaquil - Ecuador, de las camisetas ‘piratas’ del Club Deportivo Cuenca comercializándose frente a las oficinas del propio Club, de los iPhones, de los iPads, de las medicinas contra el cáncer y de la ayahuasca siendo extraída del oriente amazónico para ser comercializada en todo el mundo, hay muchas discusiones en materia de propiedad intelectual que el ‘pachón’<sup>1</sup> robot del Derecho, como lo llama el Dr. Andrés Martínez, aún no ha logrado analizar eficientemente y peor aún, regularlas.

Tal como señala Rodríguez (2012), la institución jurídica de la propiedad intelectual sobre obras o creaciones es extraordinariamente cambiante, aspecto que se ha tornado mucho más volátil en los últimos años con las transformaciones de tipo tecnológico, aspecto sobre el cuál, Gómez Rivero (2012, pág. 20) reflexiona que “los viejos problemas y las viejas soluciones, no han permanecido estáticos en su travesía por el tiempo”.

En este sentido, con la caída del muro de Berlín que representó el fin de la era industrial y el inicio de la era de la información marcada principalmente por el surgimiento del internet, ha cambiado el *status quo* de varios de los derechos de fondo detrás de los productos y servicios enunciados en el párrafo anterior, siendo de primordial interés en la presente obra su análisis desde la óptica de la protección de índole penal que un estado debería conceder en torno a la propiedad intelectual e industrial de sus ciudadanos, con un enfoque final en la responsabilidad penal de la persona jurídica en este tipo de conductas.

En torno a la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la teoría clásica del delito nos indica que las consecuencias del ilícito, no le pueden corresponder a una

---

<sup>1</sup> Adjetivo calificativo que denota lentitud en acciones o movimientos.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

persona jurídica, sino que, le corresponderá siempre a la persona natural (Jiménez de Asúa, 1956). Por otro lado, las nuevas teorías como la de la transferencia de responsabilidad a una persona jurídica (Sánchez Silva, 2013), tratan de ser una eficiente alternativa para no dejar en la impunidad aquellos delitos cometidos detrás de una enmarañada estructura societaria. Debemos entender la problemática que la tecnología y las complejas estructuras societarias han causado en el derecho penal, no en torno a la materialidad de la infracción, sino, mas bien en relación con la responsabilidad sobre la misma. Es así, que el principio *societasdelinquere non potest*, hoy ha sido desestimado en muchas legislaciones nacionales, particular que merecerá un particular análisis en esta obra.

Analizando el principio *ultima ratio* que desde épocas del Imperio Romano ha tenido el Derecho Penal, el cual, tal como citaba en sus clases el Dr. José Cordero Acosta al tratadista Cousino Mac Iver en la cátedra de Derecho Penal General, los tipos penales nacen como islotes en el amplio mar de la antijuridicidad. La criminalización de conductas como las acaecidas contra la propiedad intelectual, por un lado nos puede dar la impresión de que nos encontramos ante una tendencia expansiva del poder punitivo del Estado en donde la barrera de protección de los bienes jurídicos protegidos se adelanta cada vez más, y por otro lado se debe considerar lo expuesto por Araujo (2014, pág. 3) al señalar que: “toda necesaria revisión de un sistema normativo, reposa y se legitima en una adecuada selección de aquellos intereses individuales que deben dejar de ser objeto de tutela penal; pero también, de aquellos que deben pasar a serlo.”

### **1.2 Encuadre normativo sobre el delito de Propiedad Intelectual en Ecuador.**

Dentro del marco normativo ecuatoriano, la Constitución de la República (2008) en su Art. 322 establece:

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Código Civil ecuatoriano (2005) por su parte establece que:

Art. 601.- Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores.

Esta propiedad se regirá por leyes especiales.

En el año 2014, se publicó el Código Orgánico Integral Penal - COIP (2014), que nació como un proyecto de comunión de todas las normas de índole penal que se encontraban regadas por distintos cuerpos legales de la legislación ecuatoriana, en sus disposiciones derogatorias estableció:

VIGESIMO SEGUNDA: Deróguense los artículos 319 al 331, y el segundo inciso del artículo 342 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual publicada publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 426 de 28 de diciembre de 2006

Los artículos en referencia eran los que tipificaban las conductas penalmente relevantes en materia de propiedad intelectual, siendo la referencia el Capítulo III del Libro IV de la Ley de Propiedad Intelectual (2006) vigente al momento de la promulgación del COIP.

Como conductas penalmente relevantes de la normativa derogada, podemos destacar las siguientes a través de casos hipotéticos:

- Un importador que traiga al Ecuador once camisetas de fútbol con la marca NIKE y que no hayan sido fabricadas por la transnacional Nike Inc., debía ingresar al menos tres meses a la cárcel y adicionalmente pagar una multa de US\$ 1.314,45.
- Un productor de Nabón, que fabricase aguardiente de agave y lo comercialice como tequila, debía ingresar al menos tres meses a la cárcel y adicionalmente pagar una multa de US\$ 1.314,45.
- El dueño de una gasolinera en Ponce Enríquez, que diseña y pinta a su local con una combinación igual a la de las gasolineras PRIMAX, aunque usando una



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

marca distinta, debía ingresar al menos un mes a la cárcel y adicionalmente pagar una multa de US\$ 657,22.

- El comerciante del Sigsig que tenga a la venta en su local unos tubos para construcción alemanes, que en realidad son hechos en China, debía ser sentenciado al menos un mes a la cárcel y adicionalmente pagar una multa de US\$ 657,22.
- El estudiante de ingeniería de alimentos que al terminarse una botella de Old Parr lo vuelve a llenar con un whisky elaborado por él mismo, debía ingresar al menos tres meses a la cárcel y ser multado al menos con US\$ 1.314,45.
- El propietario de una librería del centro histórico de Cuenca, que vende libros fotocopiados de Robert Kiyosaki, debía ingresar al menos tres meses a la cárcel y ser multado al menos con US\$ 1.314,45.
- La persona que grabó en un *casete* la hora completa de su programa radial favorito de Tropicálida y lo retransmite en su cevichería los domingos, debía ser sentenciado al menos un mes a la cárcel y adicionalmente pagar una multa de US\$ 657,22.

Con los breves ejemplos establecidos a continuación de algunos de los tipos penales citados, podemos denotar a primera vista una estricta desvalorización jurídica a varios actos que afecten a la propiedad intelectual e industrial, los cuales podrían ser incluso realizados en pequeña escala y a pesar de esto, tener como consecuencia legal al menos treinta días de prisión.

Con la derogación de estas normas y la promulgación del COIP, cabe la pregunta:

¿Qué conductas contra la propiedad intelectual consideró el legislador que debían ser consideradas como infracciones penales?

Y la respuesta inicial es: absolutamente ninguna. El catálogo de infracciones del COIP no contenía ningún tipo penal específico en torno a los delitos contra la propiedad intelectual, lo cual pudo haberse considerado como una desvalorización del legislador en torno a la relevancia de afectar derechos de propiedad industrial, trasladando así el péndulo jurídico de un extremo en el que el productor de aguardiente de agave de Nabón a más de la reparación por daños y perjuicios causados, sería sentenciado a tres



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

meses de prisión y una multa de US\$ 1.314,45 por colocar la denominación Tequila en la botella de su producto; ahora respondería únicamente por los daños y perjuicios causados y otras posibles sanciones de índole administrativa, dejando de ser una competencia de la Fiscalía General del Estado investigar estos hechos.

En este punto es prudente analizar la figura de las llamadas medidas de observancia, a las cuales podemos definir como la normativa procesal que previene y reprime la vulneración de derechos de propiedad intelectual o industrial, las cuales pueden ser de naturaleza administrativa, civil e incluso penal (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009). Avanzando con la investigación y la remembranza de acontecimientos en la época posterior a la promulgación del COIP, el legislador posteriormente recordó, o le hicieron acuerdo, que existían algunos tratados internacionales a los cuales la República del Ecuador se había adscrito y que establecían la obligación en virtud al Art. 26 del Convenio de Viena que recoge el principio *pacta sunt servanda*, de cumplir estos acuerdos de buena fe. Así, el 30 de septiembre del año 2015, se promulgó en el Registro Oficial la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en la cual se incluía ya como medida de observancia en la legislación ecuatoriana una de naturaleza penal, la que tenía como considerandos en torno a los tratados internacionales mencionados lo siguiente:

Que, las disposiciones de los artículos 41 y 61 del Acuerdo de los ADPICs determinan la obligación vinculante de Ecuador de incluir en su legislación penal la tipificación como infracciones penales: i) de los casos de falsificación dolosa de las marcas de fábrica o de comercio; y, ii) de los casos de piratería lesiva de los derechos de autor a escala comercial;

Que, la Decisión 486 “Régimen común sobre propiedad industrial” de la Comisión de la Comunidad Andina, en su Capítulo IV “De las Medidas Penales” artículo 257, prevé que: “Los países Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación de marcas”;

Que, la Decisión 351 “Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos” de la Comisión de la Comunidad Andina, en su Capítulo XIII de los Aspectos Procesales, artículos 56 y 57 autoriza a los Miembros a prever medidas



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

cautelares y sanciones penales respecto de la violación de los derechos de autor y derechos conexos;

En torno a la pregunta previamente evocada de ¿Qué conductas contra la propiedad intelectual consideró el legislador que debían ser consideradas como infracciones penales?, en la primera versión del COIP podríamos concluir que el legislador olvidó incorporar compromisos internacionales legalmente celebrados, siendo necesaria una reforma urgente al cuerpo legal, con la que se incluyó el Art. 208A, que establece como conductas penalmente relevantes aquellas que infrinjan derechos de propiedad intelectual en materia de derechos de autor y marcas de productos cuando el valor de las mercancías superen los 142 Salarios Básicos Unificados.

Como encuadre normativo final, debemos resaltar la promulgación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos – Código Ingenios (2016), promulgado en el mes de diciembre de 2016 y que derogó por completo a la Ley de Propiedad Intelectual (2006). El así llamado Código Ingenios en su Art. 89 establece dentro de la tipología de la propiedad intelectual las 3 aristas tradicionales: derechos de autor, propiedad industrial y obtenciones vegetales; además de dar el ‘asfaltado’ legal en torno a los saberes ancestrales que ya fueron reconocidos en la Constitución de Montecristi (2008) e incluso previamente en la Decisión 486 de la Comunidad Andina (2000), con lo que se busca precautelar los conocimientos tradicionales adquiridos por comunidades del país en base a su cercanía y experiencia con la naturaleza, particularmente en torno a los derechos que se pueden vulnerar al momento de conceder derechos de propiedad industrial.

### **1.3 Repercusión de las infracciones a la Propiedad Intelectual.**

Así, analizando el criterio de Gómez Rivero (2012), la esencia del problema con la propiedad intelectual persiste, en donde la constante parece ser la tensión permanente entre los intereses de la sociedad de beneficiarse del talento humano al momento que también incentiva las nuevas creaciones; y el de los creadores, de recibir el reconocimiento moral y económico sobre su creación. Sobre los creadores debemos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

tener en cuenta los derechos positivos y negativos que les asisten al momento de crear una obra. Los positivos hacen referencia a los derechos de explotación del bien inmaterial y la correcta retribución moral y económica que les debe corresponder. La fase negativa hace referencia a la exclusión de terceros en torno a derechos que le asistan al autor, siendo las acciones enmarcadas dentro de esta faceta negativa las que dan paso a las acciones civiles o penales que en el caso concreto sean aplicables.

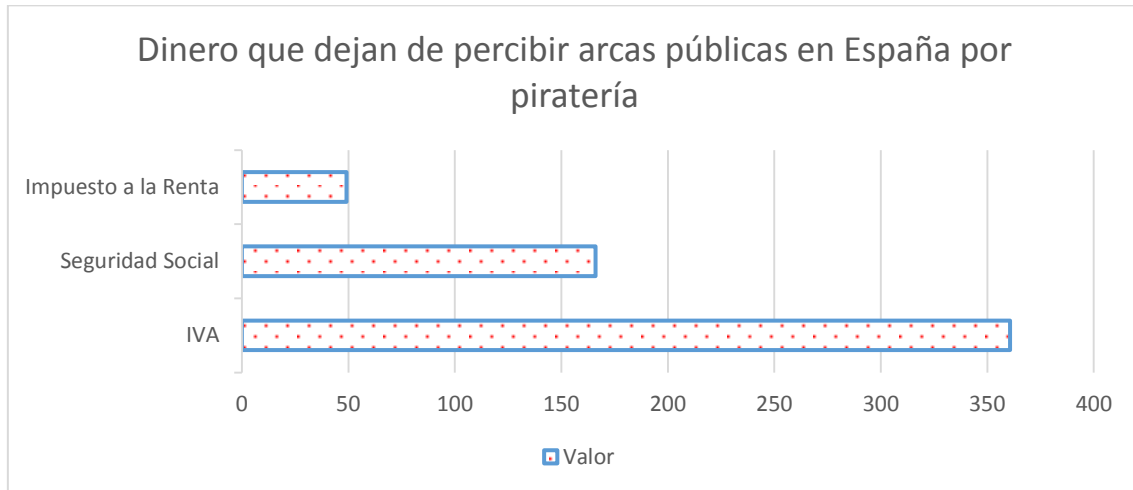
Así, una infracción marcaría o de derechos de autor afecta al titular de los derechos –el creador de la obra o propietario de un signo distintivo – pero ellos son únicamente la punta del iceberg, ya que el mercado se ve afectado por una distorsión de la competencia, lo cual afecta la confianza del consumidor, así como el interés de invertir por parte de los empresarios, afectando a su vez derechos laborales y de seguridad social por la clandestinidad en la que se generan las infracciones, debiendo considerar además la defraudación tributaria al Estado en torno a la recaudación de impuestos (Gómez Rivero, 2012); análisis que al realizarlo desde una óptica más profunda, nos da una mejor muestra de la grave afección que la vulneración a la propiedad intelectual puede acarrear para la sociedad en sí.

Así, podemos ver interesantes estadísticas sobre el impacto de la piratería en España, por ejemplo, país que para el año 2016 tuvo las siguientes afectaciones tributarias en relación a la industria de contenidos digitales:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**Gráfico No. 1 – dinero que dejan de percibir arcas públicas en España por piratería en millones de dólares**



\*Elaboración propia a partir de información obtenida de la fuente “la Vanguardia”; disponible en:

<https://www.lavanguardia.com/cultura/20170425/422036172586/consumo-digital-pirateria-desciende.html>; última consulta: el 12 de noviembre de 2018.

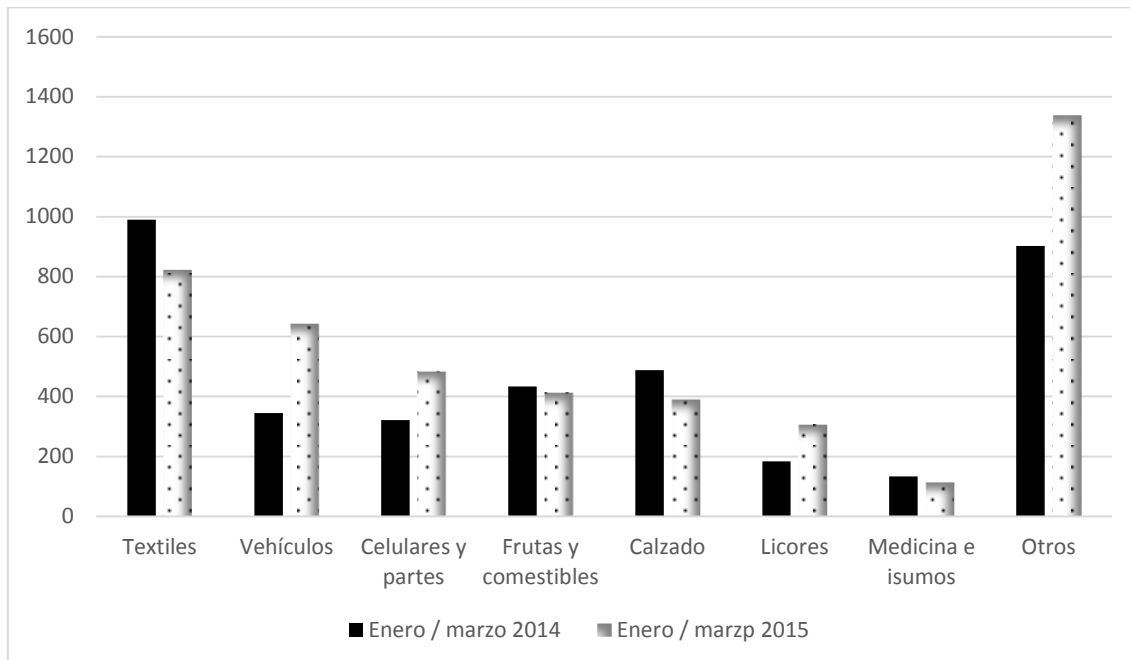
En relación al mercado ecuatoriano, el mayor número de confiscaciones de productos se emplaza en el mercado textil, tema que podemos vislumbrar en la siguiente gráfica en referente al contrabando en el país durante el primer trimestre de los años 2014 y 2015, estadística representada en millones de dólares:





UNIVERSIDAD DE CUENCA

**Gráfico No. 2 – montos por contrabando en Ecuador durante el primer trimestre de los años 2014 y 2015 en millones de dólares.**



\*Elaboración propia a partir de la fuente “El Comercio”; disponible en:

<https://www.elcomercio.com/actualidad/mafias-contrabando-mercancias-quito-ecuador.html>; última consulta: el 12 de noviembre de 2018.

Como señala Rodríguez (2012, pág. 73) “en los delitos relativos a la propiedad intelectual se protege una serie de derechos e intereses que están previamente delimitados en leyes extrapenales”, es importante analizar la norma que genera los derechos de propiedad intelectual e industrial, para posteriormente poder tener un mejor criterio en torno a la necesidad o no de su protección penal. Procedo así a establecer en un sentido didáctico, las principales aristas de la propiedad intelectual e industrial en nuestra legislación.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### 1.4 Derechos de Propiedad Intelectual.

#### 1.4.1 Derechos de autor

Desde la creación de una obra, a su autor le asisten derechos morales en torno a su paternidad y patrimoniales en relación con la explotación económica de la obra, los cuales son plenamente independientes de la propiedad del objeto físico en el cuál puede estar incorporada la obra (como el Disco Compacto que contiene los últimos temas de Ricky Martin). Una obra puede ser literaria, artística o científica, siendo susceptibles de protección entre otras, las obras ejemplificadas en el Art. 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos.

Tomando como muestra una obra musical por ejemplo, al revisar el informe del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales (2011) para el primer semestre del 2011 en España, encontramos que apenas 2 de cada 100 canciones musicales eran adquiridas legalmente en esa época, punto en el que debemos analizar la composición de la normativa de propiedad intelectual en la era industrial en base al soporte físico que contenía la obra, aspecto que cambió trascendentalmente con el internet y la tecnología digital en sí, razón por la que se debieron repensar las soluciones a estos problemas.

Analizando el mercado ecuatoriano, para el año 2000 era muy común encontrar locales que comercializaban discos compactos piratas a US\$1, es decir, que contenían obras protegidas por derechos de autor sin la debida autorización de reproducción y distribución de sus creadores, intérpretes o productores. Sin embargo, para el año 2010, este tipo de locales comerciales ya no eran tan comunes, pues, “las nuevas tecnologías no sólo comen terreno a los derechos de autor, sino también a otras formas de atentar contra la propiedad intelectual” (Gómez Rivero, 2012, pág. 25), siendo programas de transferencia de datos P2P como *Limewire* por ejemplo, un duro golpe para los comerciantes de los discos piratas de US\$ 1, sin que estos programas tengan un accionar legal, pero que respaldan el criterio de Massager Fuentes (2012) en torno a los complicados cambios que la legislación en torno a derechos de autor ha tenido con las nuevas tecnologías, aspecto que no ha sido igual de fuerte en otros campos como el de patentes por ejemplo, el cuál permanece sustancialmente igual que en el siglo XIX.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para el año 2018, han tenido un fuerte traspié tanto el local comercial de discos piratas de US\$ 1, así como los programas de transferencia de datos P2P, y esto se debe a la posibilidad de consumo legal de obras protegidas por derechos de autor gracias a plataformas como *Deezer*, *Spotify*, *Google Play Music* o *Apple Music*. Una de las formas de analizar la problemática de la piratería, sea esta física o digital, era el “sentimiento general de complacencia con una actividad que, aún siendo ilegal, se percibe de alguna manera como una legítima reacción frente a los abusos de los precios de determinados productos en el mercado lícito” (Gómez Rivero, 2012, pág. 28), sentimiento general de complacencia que en algo ha cambiado con las plataformas previamente señaladas, pues en ciertos grupos sociales, el estándar es tener la membresía Premium de Spotify, o al menos la membresía gratuita en cualquier teléfono inteligente. Presentarse a la reunión con el disco pirata de US\$ 1 ya no genera complacencia general como pasaba antes en todos los círculos sociales.

Los servicios como *Spotify* o *Apple Music* basan su modelo de negocio en el *streaming*, es decir, la transmisión de obras para una representación aislada de las mismas, en donde no existe una descarga por parte del consumidor, por ende, no hay una reproducción y distribución de la obra. Estas plataformas adquieren licencias directas de los sellos discográficos o mediante intermediadores llamados agregadores, las cuales les permiten transmitir las obras musicales.

En este punto es importante notar las aristas necesarias para la creación de una obra, tomando como ejemplo sencillo una obra musical. En este sentido, una obra como el afamado vallenato con influencias pop ‘La Bicicleta’, publicado a mediados del año 2016, tuvo los siguientes participantes:

- Compositor: Andrés Eduardo Castro – aquel que creó la letra y música de la obra.
- Intérpretes: Carlos Alberto Vives Restrepo y Shakira Isabel Mebarak Ripoll.
- Productora: Sony Music Entertainment.

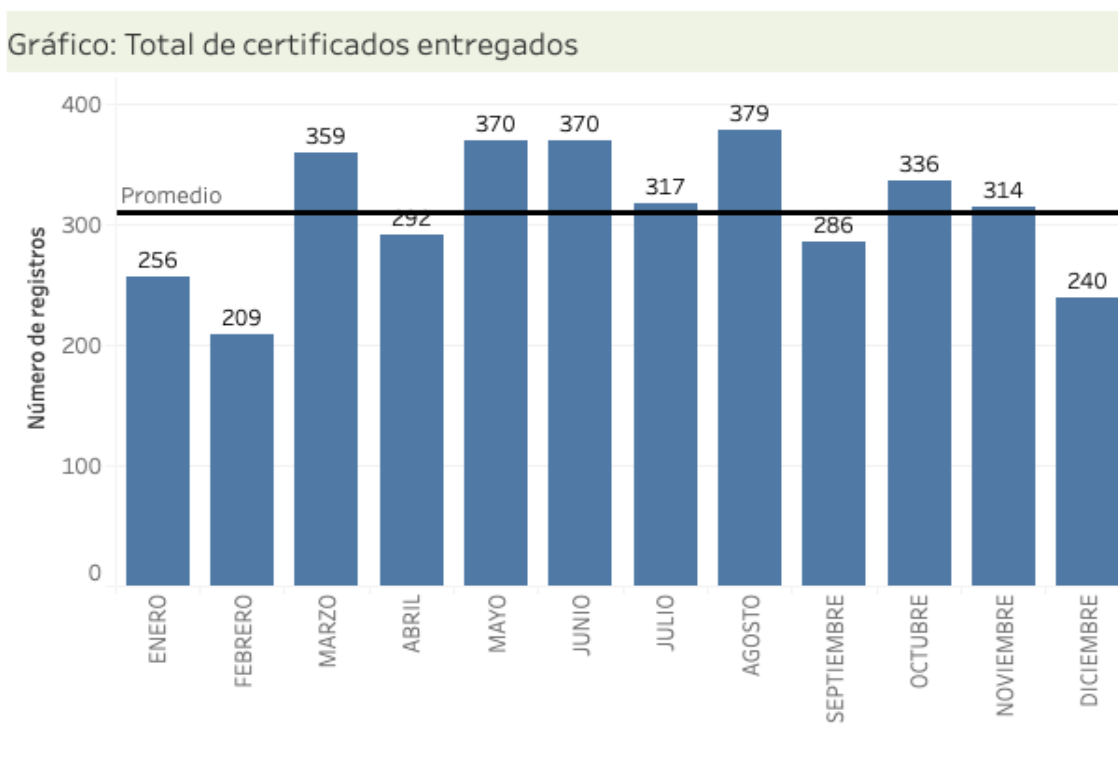


## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Con este apartado, no es el propósito resaltar el extraño nombre de la famosa Shakira, sino que es importante darse cuenta que en la obra ‘La Bicicleta’ la figura de derechos de autor protege al compositor de la canción, en este caso Andrés Eduardo Castro, más no, a los intérpretes o productora, ellos se ven amparados legalmente por la figura de los Derechos Conexos, quienes, a pesar de no ser creadores, con su talento o experticia, contribuyen en el hecho de poner la obra a disposición del público, participación que obviamente conlleva un factor intelectual.

Según estadísticas del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, en el año 2017 se entregaron 3.728 certificados de creación de obra en el Ecuador, pudiendo analizar en la siguiente gráfica el número de registros por mes en el año analizado:

**Gráfico No. 3 – número de obras protegidas por derechos de autor registradas en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales**



\*Fuente: Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del SENADI, imagen obtenida de <https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/viz/home/GestinDNDayDC/TotalAosOficinas> el 11 de noviembre de 2018.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Así, como corolario de este punto, los titulares de derechos de autor y derechos conexos que han invertido tiempo y dinero en poner a trabajar sus cerebros para crear obras que sean del agrado del público, pueden verse afectados por terceros en relación a un perjuicio de la titularidad de la obra, así como a una explotación no autorizada de la misma que no les genere un rédito económico, sin embargo, hay una afección que debe considerarse también al mercado y el estado como lo explicaba Gómez Rivero (2012), circunstancia que nos debe hacer reflexionar principalmente en torno a la ubicación del bien jurídico protegido, si este es el carácter moral o patrimonial de este tipo de derechos.

### **1.4.2 Propiedad Industrial**

En la década de los 80 del siglo pasado, las obras jurídicas de derecho mercantil abordaban de una manera particular el tema de los signos distintivos, dejando a las patentes más en el ámbito del derecho civil. Actualmente, es innegable que la propiedad industrial es una parte integrante del Derecho mercantil y dentro de esta área la podríamos considerar como una parte del Derecho de la competencia el cual en principio establece que todo empresario puede acudir al mercado para ofrecer sus bienes o servicios dentro de un marco normativo que permita libertad y lealtad en dicho mercado, teniendo como una exclusión a esta regla, los derechos exclusivos que la propiedad industrial pueden otorgar a una persona (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009).

La naturaleza jurídica de la propiedad industrial se la define en primer lugar como un derecho de propiedad, la cual recae sobre bienes inmateriales y que genera derechos exclusivos para su titular, es decir, una obligación a los terceros de abstenerse de realizar cualquier acto que afecte esta titularidad, así, la marca registrada mixta CLUB DEPORTIVO CUENCA MÁS LOGOTIPO para distinguir productos de la clase internacional 25 referente a ropa, conlleva una obligación para los competidores del mercado de no poder utilizar dicha marca sin autorización de su titular, es decir, encontramos aquí una semejanza al derecho de autor en torno a su potestad negativa en torno a terceros, sin embargo, en los derechos de autor esta potestad es exclusiva pero no excluyente, pues, por ejemplo J. K: Rowling tiene los derechos exclusivos sobre la



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

obra de Harry Potter, pero eso no excluye que mañana nuestro profesor de Derecho constitucional Teodoro Verdugo cree independientemente una obra literaria que trate sobre un joven y talentoso mago huérfano que va a una escuela de magia constitucional; mientras que por otro lado, la propiedad industrial si es exclusiva y excluyente, pues los derechos exclusivos sobre la marca MONT BLANC MÁS DISEÑO para proteger esferográficas, excluye a que por mencionar al mismo Dr. Verdugo pueda crear desde cero una esferográfica y distinguirlos bajo el signo MONT BLANC (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009).

Como señala Gómez Rivero (2012, pág. 32) “si bien tanto la propiedad intelectual como la industrial tienen como base común una actividad inventiva o creativa, fruto del esfuerzo humano, su orientación se diversifica atendiendo a su respectivo ámbito de aplicación, ya sea la creación intelectual o la innovación en el sector de la industria” Partiendo que la propiedad intelectual es la rama del derecho que se refiere en general a todas las creaciones del intelecto, la propiedad industrial es una subdivisión de ésta que está al servicio de la industria y el comercio, en la cual según Otero, Fernández-Novoa y Botana (2009) podemos encontrar las siguientes divisiones:

1. Creaciones industriales
  - a. Creaciones técnicas
    - i. Patente
    - ii. Modelo de utilidad
  - b. Creaciones estéticas
    - i. Diseño industrial
2. Signos distintivos
  - a. Marca
  - b. Nombre comercial

A más de esta tradicional división, acuerdos internacionales como el de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Organización Mundial del Comercio, 1994) adicionalmente incluyen las indicaciones geográficas, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, protección de la



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

información no divulgada y el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.

Es importante recalcar que las creaciones que comprende la propiedad industrial previamente detalladas, son signos que transmiten información al consumidor que buscan precautelar una utilización no autorizada, como que cualquier camiseta que tenga el signo CLUB DEPORTIVO CUENCA MÁS LOGOTIPO, deba pagar una regalía al titular de los derechos exclusivos si desea realizar una explotación económica de la marca (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016).

A continuación, realizaré una breve explicación de la naturaleza jurídica de algunas de las formas de protección que tiene el comercio y la industria en la propiedad industrial con el fin de comprender su situación y la pertinencia o no de otorgarles protección penal, esperando que el lector encuentre este resumen lo más pedagógico posible.

### **1.4.2.1 Patentes de invención**

Varios países han definido en sus legislaciones internas a las invenciones como toda nueva solución a un problema técnico, en donde debe confluir el ingenio, la creatividad y la inventiva humana (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016). Partimos del concepto de invención como “una creación del intelecto humano consistente en una regla para el obrar técnico, no conocida, que indica determinados medios para la actuación sobre las fuerzas de la Naturaleza y de la que deriva un resultado directamente aplicable a la industria” (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009), cuya protección inicialmente radicaba en precisamente la complejidad de haberla descubierto.

Dentro del ámbito de protección, posteriormente en la historia encontramos las ‘cédulas de privilegio’ que otorgaba el rey a favor de los autores de una invención, teniendo como primer registro la otorgada al español Guillén Cabier en 1522 por la creación de un instrumento de navegación. Hoy, en las épocas del boom tecnológico y la ingeniería inversa, la protección de la patente en sus carácter exclusivo y excluyente busca estimular al creador mediante la concesión del monopolio de explotación económica, al mismo tiempo que

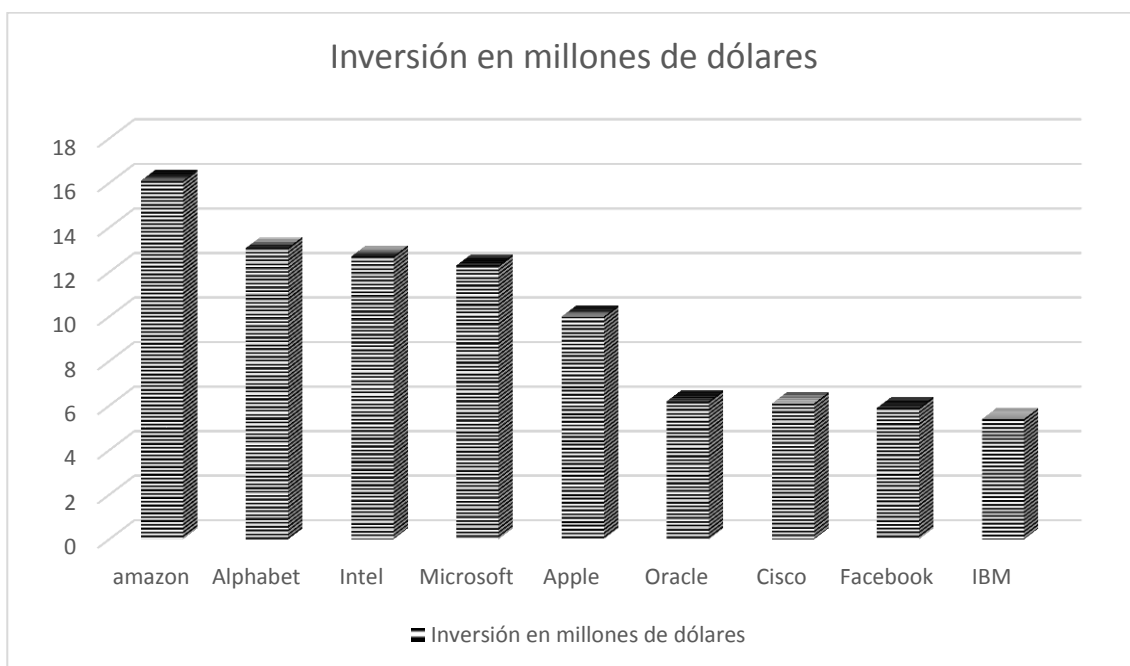


## UNIVERSIDAD DE CUENCA

beneficia a la colectividad al permitirle acceder inmediatamente a la invención con la posibilidad de explotarla al culminar el plazo de protección, teniendo así el pacto social propuesto por Rosseau con mejoras adaptadas a esta época, pacto que se da entre estas dos partes que se encuentran en aparente tensión.

Como argumentos adicionales que refuerzan el concepto de proteger una invención mediante la concesión de una patente, Ótero, Fernández-Nóvoa y Botana (2009) consideran que robustece esta teoría el hecho de propender al progreso tecnológico e industrial, así como los intereses propios de una economía de mercado. En torno al progreso tecnológico e industrial se lo considera como la motivación para que las empresas puedan invertir en investigación e innovación, algo al revisar estadísticas, podemos colegir que ha influido positivamente en empresas como Amazon, según el siguiente cuadro:

**Gráfico No. 4 – inversión en investigación e innovación en millones de dólares.**



\*Imagen propia con datos tomados del departamento de investigación de Merca2.0 <https://www.merca20.com/companias-que-mas-invierten-en-investigacion-y-desarrollo/> el 12 de noviembre de 2018.

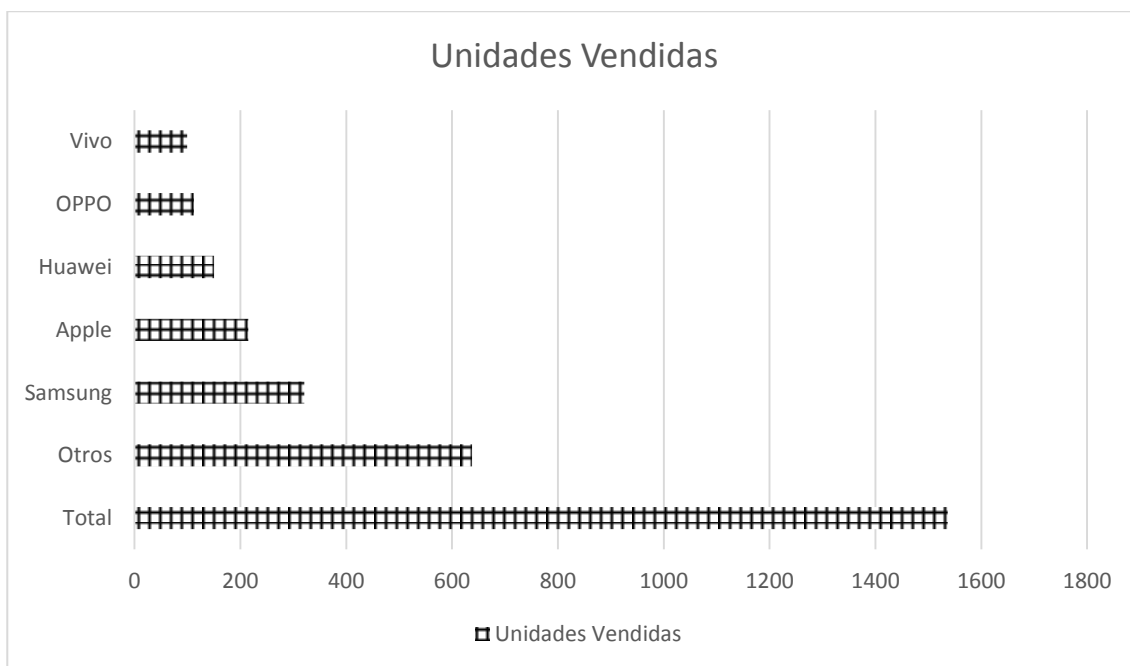




## UNIVERSIDAD DE CUENCA

En torno a los intereses del sistema de economía de mercado y libre competencia, Ótero, Fernández-Nóvoa y Botana (2009), reflexionan que las empresas a las que se les ha concedido una patente, puedan ofrecer al público productos mejor desarrollados y perfeccionados, lo que impulsará a los competidores del mercado a esforzarse en desarrollar productos que estén a la altura de la competencia. Todos hemos leído la batalla campal por patentes en todo el mundo entre Apple y Samsung, si bien el fondo de esta tesis no se centra en el asunto jurídico de la propiedad industrial, sino, más bien su utilidad económica y a partir de esta poder definir la pertinencia o no de su observancia penal, revisemos el número de ventas en el año 2017 de estas dos empresas que se encuentran en permanentes litigios:

**Gráfico No. 5 – ventas de equipos celulares en el año 2017 en millones de dólares**



\*Gráfico propio con información tomada de la fuente “El País”

[https://elpais.com/economia/2018/02/22/actualidad/1519291567\\_215075.html](https://elpais.com/economia/2018/02/22/actualidad/1519291567_215075.html)

el 12 de noviembre de 2018.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**Gráfico No. 6 – uso de sistemas operativos en equipos celulares en porcentaje.**



\*Gráfico propio con información tomada de la fuente “El País”

[https://elpais.com/economia/2018/02/22/actualidad/1519291567\\_215075.html](https://elpais.com/economia/2018/02/22/actualidad/1519291567_215075.html)

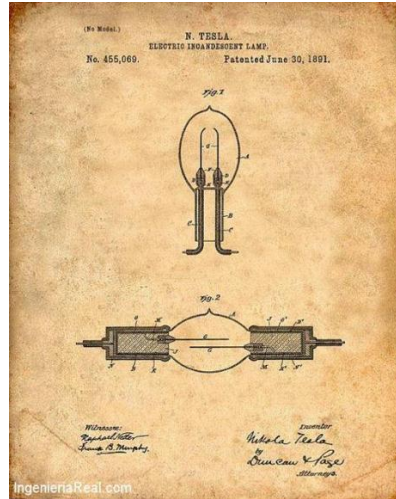
el 12 de noviembre de 2018.

Al notar la importancia del aspecto económico en el mundo de las patentes, haciendo una remembranza histórica podemos encontrar patentes muy famosas a nivel mundial, pudiendo concluir que muchas de ellas han guiado incluso el curso de la historia, por ejemplo:

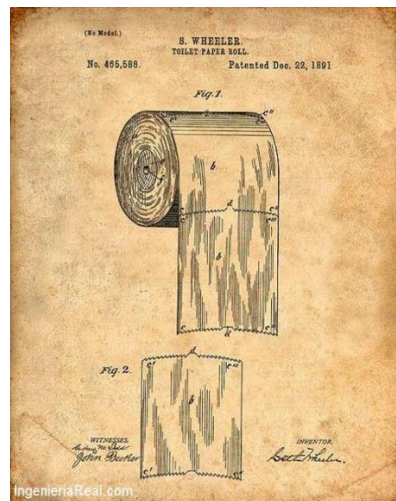


## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Lámpara incandescente eléctrica por Tesla en 1891.



- Papel higiénico para baño por Wheeler en 1891.



En Ecuador, el Código Orgánico de la Económica Social de los Conocimientos (2016), define que “El sistema de patentes constituye una herramienta para promover el desarrollo industrial y tecnológico y para la consecución del buen vivir”, y que la obtención de una patente, sea este de un producto o de un procedimiento, debe cumplir tres parámetros básicos:

1. Que sea nueva.
2. Que tenga alto nivel inventivo.
3. Que sea susceptible de aplicación industrial.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Es interesante notar que estos tres parámetros fueron consensualmente establecidos como requisitos de carácter general en el Convenio sobre la unificación de ciertos elementos del Derecho de patentes de invención (Consejo de Europa, 1963).

El primer paso para analizar una posible patente, es que esta sea verse sobre materia patentable, lo cual, en la legislación ecuatoriana se establece en el Art. 268 del Código Orgánico de la Económica Social de los Conocimientos.

Superada esta barrera en torno a la materia, se debe analizar la posibilidad de que la creación pueda ser aplicada industrialmente, es decir, que sea de utilidad práctica. El siguiente paso es analizar la novedad de la creación, en donde se deben ver 2 asuntos principales:

- a) referencia los demás inventos, debiendo ser evidente la nueva característica que no se debe haber visto antes en el llamado estado actual de la técnica del campo en el que se requiera la patente
- b) que esta novedad no sea obvia para una persona con conocimientos generales en el campo técnico que se solicite la patente. Finalmente debemos indicar que para que el proceso de la patente prospere, se debe divulgar a detalle de manera clara y completa el invento, de manera que una persona versada en la técnica del campo pueda comprenderla.

Los derechos que se otorgan con la concesión de una patente durante 20 años a su titular y las acciones que circunscriben a este derecho dependen de la naturaleza de la patente, es decir, si es esta de productos o de procedimientos. En el primer caso se puede impedir la fabricación, uso, venta, importación u oferta de los productos. En el caso de los procedimientos, se puede impedir la aplicación del mismo, así como el derecho a impedir el uso de los productos obtenidos a partir del procedimiento.

Transcurridos los 20 años de la concesión de la patente, esta pasa al dominio público, es decir, cualquier persona puede explotarla sin necesidad de licencia o autorización de su creador o titular.



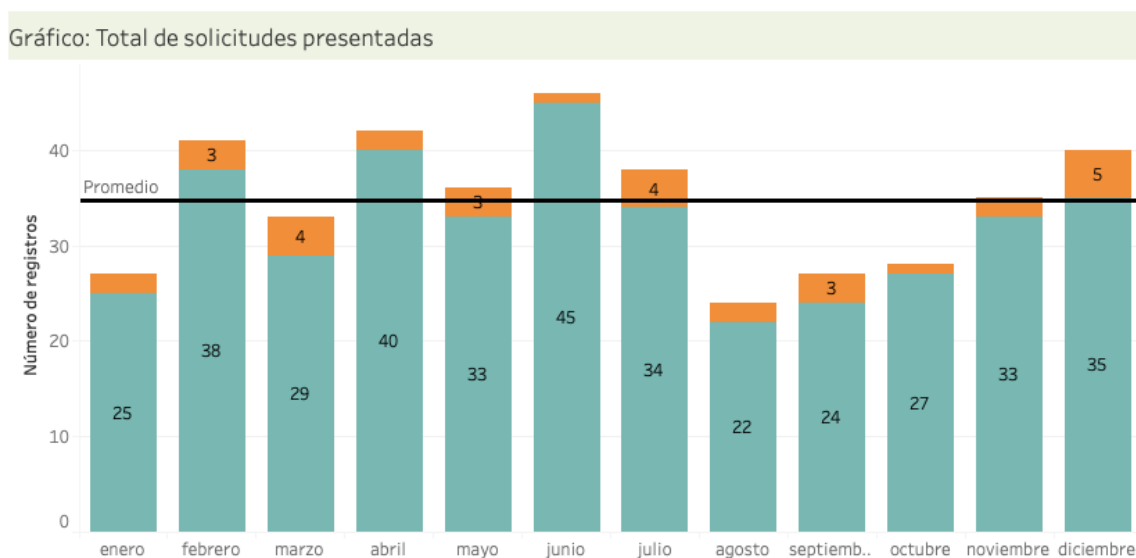
## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El proceso indicado se basa en la normativa ecuatoriana, sin embargo, es prudente resaltar el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) dado en 1970 y del cual el Ecuador es parte adherente, el cual, tiene por objetivo el simplificar los procesos de obtención de patentes cuando este se vaya a realizar en varios países.

Hay que puntualizar en el PCT, que existen dos fases, una internacional y una nacional, quedando siempre bajo decisión de la autoridad nacional la concesión o no de la patente, siendo la fase internacional una especie de proceso previo en el cual se pone de realce principalmente el estado de la técnica en torno a la invención que se requiere patentar, así como un informe en torno a la novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, constituyéndose así en un beneficio para el solicitante y la autoridad nacional competente.

Revisando este tema desde un punto de vista estadístico, en el año 2017 se presentaron 417 solicitudes de patentes, de las cuales, 385 fueron por el sistema PCT, correspondiendo en el siguiente gráfico el color anaranjado a las solicitudes de patente por la vía normal y el verde a la vía PCT:

**Gráfico No. 7 – número de patentes solicitadas en Ecuador en el año 2017 por vía normal (naranja) y PCT (verde).**





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

\*Fuente: Unidad de Gestión de Patentes del SENADI, imagen obtenida de <https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!vizhome/SolicitudesingresadasGestindePatentes/Solicitudespresentadasporpases> el 11 de noviembre de 2018.

Con lo establecido podemos concluir que el proceso de concesión de una patente tiene a más de un componente jurídico, un componente sumamente técnico. Tal como señalan Ótero, Fernández-Nóvoa y Botana (2009) es mucho más barato para el estado impulsar el desarrollo tecnológico mediante el sistema de patentes, antes que hacerlo mediante subsidios o premios, punto importante acorde al centro de análisis de esta tesis.

### 1.4.2.2 Modelos de utilidad

Estos han sido definidos como el documento que otorga las mismas facultades que una patente de invención, pero que se otorga a aquella solicitud sobre una nueva forma, configuración o disposición de elementos que permitan un mejor funcionamiento técnico de invenciones previamente creadas o que les otorgue alguna nueva utilidad (Arias, 2012), teniendo como distinción adicional que el plazo de protección de un modelo de utilidad es de tan solo 10 años.

Tradicionalmente a los modelos de utilidad se los suele conocer como unos ‘intermediarios’ entre las patentes y los diseños industriales, tan es así que la legislación ecuatoriana en el Art. 323 del Código Ingenios establece que el solicitante de un modelo de utilidad está facultado a pedir que su solicitud se convierta en una de patente de invención o de diseño industrial si la materia así lo permitiese.

En torno a la legislación ecuatoriana, el Art. 321 del Código Ingenios determina como materia protegible bajo modelo de utilidad lo siguiente:

*Art. 321.- Materia protegible bajo modelo de utilidad. - Se concederá patente de modelo de utilidad a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna de sus partes, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo*

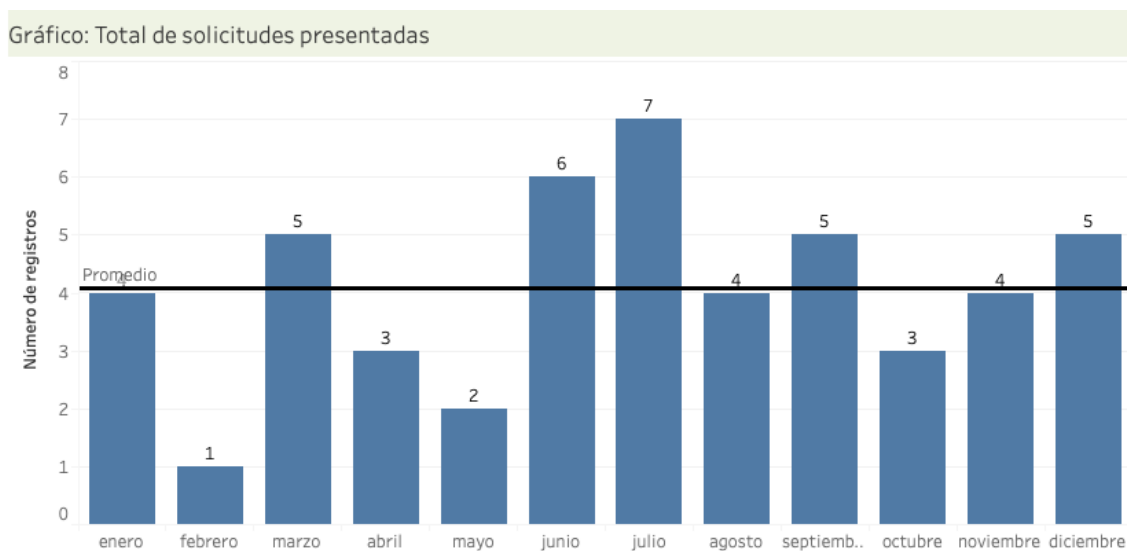


## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*incorpora o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.*

El mismo cuerpo legal señala que no pueden protegerse bajo esta figura los procedimientos ni aquellas materias expresamente excluidas de la protección de una patente. Otras creaciones como esculturas, obras arquitectónicas, pinturas, etc., por su carácter eminentemente estético, tampoco podrán ser considerados materia de protección bajo la figura de modelo de utilidad. En Ecuador durante el año 2017 se presentaron 49 solicitudes de modelos de utilidad, 38 de ellas nacionales y 11 extranjeras, según el siguiente cuadro:

**Gráfico No. 8 – número de solicitudes de Modelos de utilidad solicitadas en Ecuador en el año 2017**



\*Fuente: Unidad de Gestión de Patentes del SENADI, imagen obtenida de <https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/vizhome/SolicitudesingresadasGestindePatentes/Solicitudespresentadasporpases> el 11 de noviembre de 2018.

### 1.4.2.3 Esquema de trazado de circuitos integrados

Desde 1970, el *chip* irrumpió en la esfera mundial, como una invención que facilitaría muchos procesos. Posteriormente en 1984 Estados Unidos y 1985 Japón, incorporaron



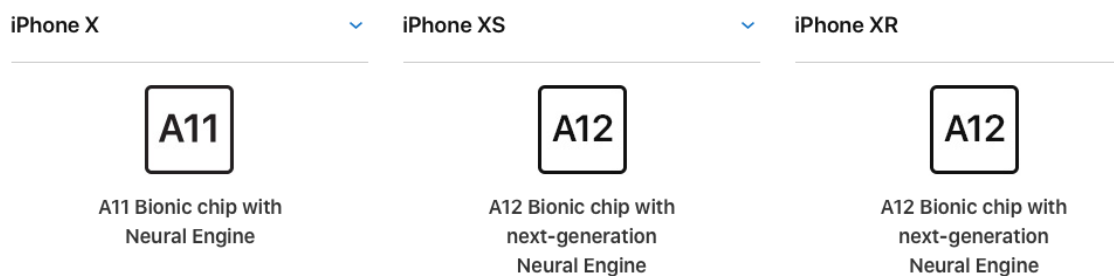
## UNIVERSIDAD DE CUENCA

en sus legislaciones una normativa de protección de topografías de productos semiconductores, particular que fue adoptado en el año 2000 en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, todo esto como un régimen que combina los derechos de autor y el derecho de patentes.

El objeto de protección de esta figura lo podemos definir como “la configuración o estructura física (la topografía) del circuito integrado; quedan, pues, fuera de este objeto los conceptos, procedimientos, sistemas, técnicas e información codificada empleados en el diseño físico de la topografía” (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009, pág. 302).

La legislación ecuatoriana otorga un plazo de protección de 10 años a este tipo de invenciones, así como los derechos establecidos en el Art. 334 del Código Ingenios.

En este orden, en una época en el que no solo los chips entre empresas competidoras son factores de fuertes disputas, sino, también los *chips* entre los productos de una propia compañía como lo que acontece en Apple entre el iPhone X, el iPhone XS y el iPhone XR, crear una figura de protección a este tipo de creaciones resulta eminentemente necesario.



*\*Imagen obtenida de <https://www.apple.com/iphone/compare/> el 8 de octubre de 2018.*

### 1.4.2.4 Diseños industriales





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Steve Jobs era el *show man* en todos los lanzamientos de Apple, sin embargo, siempre existió una figura cuya misión principal era la de diseñar los productos de la compañía, me refiero a Jony Ive.

En un mercado altamente competitivo, con productos que satisfacen necesidades similares, que tienen características similares e incluso precios similares, el diseño del producto se torna en un importante factor de decisión para el consumidor, lo que explica que los productos manufacturados en China de Apple contengan el enunciado de que fueron diseñados en California, así como la importancia de personajes como Jony Ive en las presentaciones de productos de la compañía.

Analizando el diseño industrial en contraste al modelo de utilidad, podemos indicar que este último se refiere al aspecto funcional interno del producto, mientras que el diseño industrial se refiere al aspecto estrictamente estético externo del producto, tema que podemos evidenciar con la primera impresión que nos dan los teléfonos de gama alta más populares del momento, el Samsung S8 y el iPhone X, pidiendo al lector que haga un particular análisis únicamente en torno al diseño de cada producto.





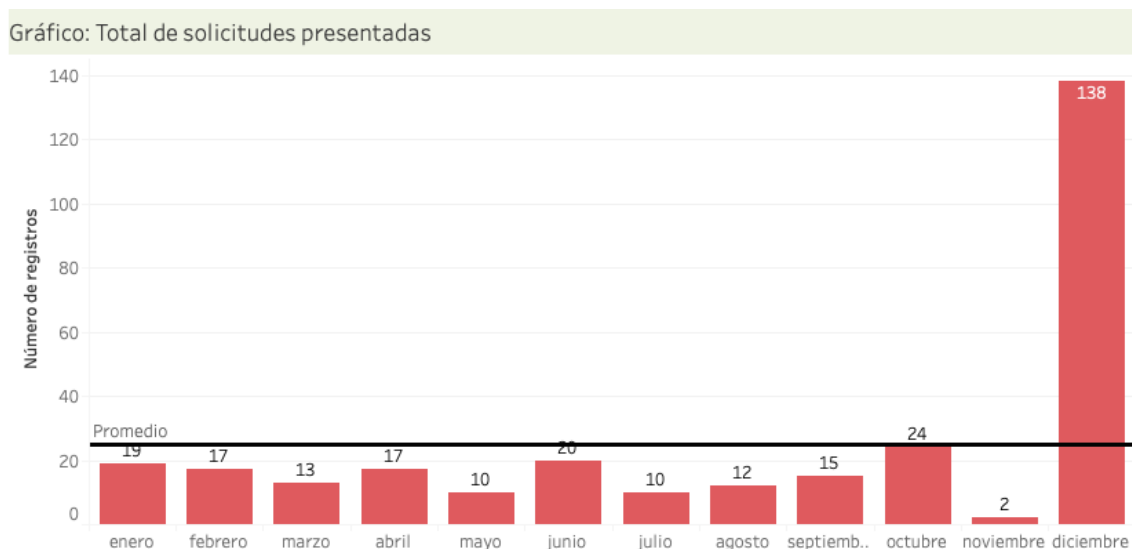
## UNIVERSIDAD DE CUENCA

\*Imagen obtenida de la página <https://pixabay.com/es/iphone-x-samsung-galaxy-s8-2957216/> el 8 de octubre de 2018.

La legislación ecuatoriana en el Art. 353 del Código Ingenios, otorga al titular de un diseño industrial el derecho “de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento fabricar, vender o importar con fines comerciales productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial.

El registro también conferirá el derecho de actuar contra terceros que fabriquen, vendan o importen con fines comerciales un producto cuyo diseño sólo presente diferencias secundarias con respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea similar.”, protección que es concedida por el plazo de 10 años sin derecho a renovación. Para el año 2017, se presentaron en Ecuador un total de 297 solicitudes de diseños industriales acorde al siguiente cuadro:

### Gráfico No. 9 – solicitudes de diseños industriales presentadas en Ecuador durante el año 2017



\*Fuente: Unidad de Gestión de Patentes del SENADI, imagen obtenida de <https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/vizhome/SolicitudesingresadasGestindePatentes/Solicitudespresentadasporpases> el 11 de noviembre de 2018.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

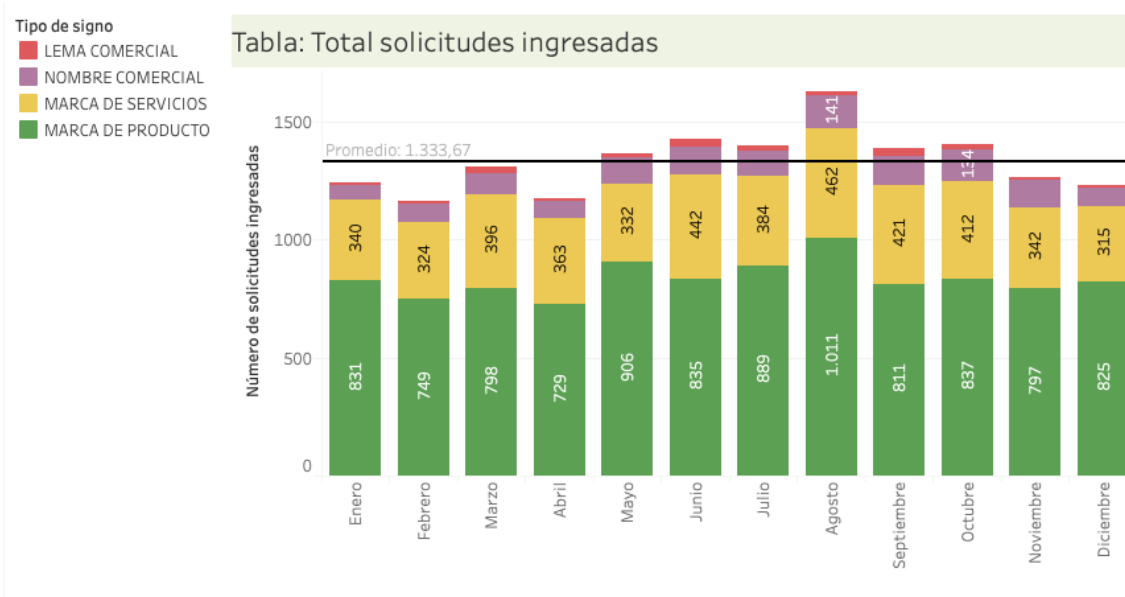
La legislación española en temas de diseños industriales resaltaba en su parte motiva que el bien jurídico que se protege con esta figura es el valor añadido que se da al producto en el que se impregna el diseño, valor que se analiza obviamente desde el punto de vista comercial es decir, “hace el producto estéticamente más atractivo para el consumidor y por tanto, más vendible” (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009, pág. 349).

### 1.4.2.5 Signos distintivos

En este apartado la legislación busca proteger aquellos bienes inmateriales cuya finalidad es la de distinguir productos y servicios disponibles en el mercado, mediante su capacidad intrínseca de ser individualizados de manera inequívoca (Arias, 2012) y que los podemos encasillar en tres formas: a) marca, b) nombre comercial, c) lema comercial.

Para el año 2017 se solicitaron en Ecuador 16.004 signos distintivos, acorde al siguiente cuadro:

**Gráfico No. 10 – número de solicitudes de signos distintivos en Ecuador durante el año 2017**





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

\*Fuente: Unidad de Gestión de Desarrollo Tecnológico del SENADI, imagen obtenida de [https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/vizhome/BorradorwebSD\\_0/TotalsolicitudesPresentadas](https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/vizhome/BorradorwebSD_0/TotalsolicitudesPresentadas) el 11 de noviembre de 2018.

- a) **Marca:** Entendida esta como “cualquier signo que permite distinguir los productos o servicios de otros iguales cuya finalidad es ser colector de clientela” (Nava Negrete, 2012, pág. 239) se basa en la clasificación de Niza establecida por el Arreglo de Niza de 1957 para establecer 45 clases internacionales de marcas, 35 de ellas para productos y 10 para servicios, resumidas de la siguiente manera:

### MARCAS DE PRODUCTOS:

CLASE 1 - Químicos

CLASE 2 - Pinturas

CLASE 3 - Limpieza, Perfumería y Cosmética

CLASE 4 - Combustibles

CLASE 5 - Farmacéuticos y Veterinarios

CLASE 6 - Metálicos

CLASE 7 - Maquinaria

CLASE 8 - Cubiertería y Cuchillería

CLASE 9 - Instrumentación, máquinas y equipos

CLASE 10 - Instrumentación médica y veterinaria

CLASE 11 - Iluminación, calefacción y fontanería

CLASE 12 - Vehículos locomoción

CLASE 13 - Armas y munición

CLASE 14 - Joyería, bisutería y relojes

CLASE 15 - Instrumentos musicales

CLASE 16 - Papelería

CLASE 17 - Tubos flexibles y productos semielaborados plásticos

CLASE 18 - Cueros, pieles y maletas

CLASE 19 - Materiales construcción no metálicos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

CLASE 20 - Mobiliario

CLASE 21 - Menaje y utensilios de uso domestico

CLASE 22 - Cuerdas, lonas, sacos, bolsas y tiendas de campaña

CLASE 23 - Hilos para uso textil

CLASE 24 - Tejidos, ropa de cama y de mesa

CLASE 25 - Prendas de vestir

CLASE 26 - Mercería

CLASE 27 - Alfombras

CLASE 28 - Juguetes

CLASE 29 - Comestibles

CLASE 30 - Panadería y pastelería

CLASE 31 - Agrícolas

CLASE 32 - Cerveza y bebidas no alcohólicas

CLASE 33 - Bebidas alcohólicas

CLASE 34 – Tabaco

### MARCAS DE SERVICIOS:

CLASE 35 - Publicidad y Gestorías

CLASE 36 - Seguros, financieros e inmobiliarios

CLASE 37 - Construcción, reparación e instalación

CLASE 38 - Telecomunicaciones

CLASE 39 - Logística y organización viajes

CLASE 40 - Tratamiento de materiales

CLASE 41 - Formación y ocio

CLASE 42 - Diseño tecnológico, investigación y desarrollo

CLASE 43 - Hostelería y restauración

CLASE 44 - Médicos, Veterinarios, estética y agricultura

CLASE 45 - Jurídicos, de la seguridad, personales y sociales

Acorde a la legislación ecuatoriana la titularidad sobre un registro de marcas se adquiere únicamente con su registro ante la autoridad competente, así, la Universidad del Azuay debe registrar su marca de formación en la Clase 41, el estudio jurídico Sur Legal debe registrar su marca de prestación de servicios jurídicos en la clase 45, la bebida en base a



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

avena ICE AVENA registra su marca de producto en la clase 29, el Deportivo Cuenca debe registrar su marca para indumentaria deportiva en la Clase 25 y Apple y Samsung registrar sus marcas de productos de telefonía celular en la Clase 9.

- b) **Nombre comercial:** todo país que haya suscrito el Convenio de París y el ADPIC, debe regular en su legislación la figura del nombre comercial entendido como “el signo distintivo que identifica, individualiza y distingue al empresario que maneja determinada actividad económica, empresa o establecimiento de comercio” (Arias, 2012, pág. 55). Según Otero, Fernández-Nóvoa y Botana, (2009) el nombre comercial tiene una doble utilidad: identificadora y diferenciadora; al momento que por un lado identifica al empresario como tal y por otro lado lo distingue de los demás empresarios que realizan actividades idénticas o similares.

A diferencia de la marca, su titularidad no se adquiere con el registro, sino, con su primer uso, el cual debe aglomerar tres características:

1. Público;
2. Continuo; y,
3. De buena fe.

Adicionalmente es importante señalar que en caso de que un titular de nombre comercial alegue su derecho exclusivo, deberá probar el uso público, continuo y de buena fe durante al menos 6 meses antes.

- c) **Lema comercial:** Cuando en la televisión ecuatoriana se proyecta la propaganda de la gaseosa Manzana, se publicita también su lema comercial “porque me da la gana”.

El aspecto más importante dentro de este signo distintivo es que debe ir siempre acompañando a una marca, es decir, no podemos solicitar nunca el registro de un lema comercial aisladamente y acorde a lo señalado por Arias (2012) su importancia radica en su función complementaria, debiendo cumplir obviamente con su función distintiva.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- d) **Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de origen:** a partir de los grandes avances en la agricultura y artesanía en el Siglo XIX, se empezaron a promocionar ciertos productos con dos distinciones adicionales: a) el lugar del que provenían, b) las propiedades especiales que el origen del producto le daban. Según Otero, Fernández-Nóvoa y Botana (2009) a partir de 1994 con la vigencia de los ADPIC se ha generalizado la expresión Indicaciones Geográficas como categoría única que comprende tanto a las Denominaciones de Origen y a las Indicaciones Geográficas. En la legislación ecuatoriana por su parte, si se hace una especial distinción entre las denominaciones de origen establecidas en el Art. 428 y siguientes del Código Ingenios en torno al lugar del que provienen los productos como el tequila mexicano por ejemplo; y las Indicaciones de procedencia reguladas a partir del Art. 455 del mismo cuerpo legal en torno a las características que el territorio o las personas que en él habitan le dan al producto como el sombrero de Montecristi o el cacao ecuatoriano.
- e) **Especialidades Tradicionales Garantizadas:** algo que apareció como gran novedad en el año 2016 en Ecuador con la promulgación del Código Ingenios, pero que tenía referencias internacionales desde el año 1992 en la Comunidad Europea son las especialidades Tradicionales Garantizadas, las cuales han sido definidas desde la doctrina como: “signo destinado a informar que un producto agrícola o alimenticio posee características específicas que lo distinguen claramente de otros productos agrícolas o alimenticios pertenecientes a la misma categoría, y que se halla inscrito en el Registro Comunitario de ETG” (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009). Por su lado, el Código Ingenios en su Art. 447 define a estos signos distintivos como: “la identificación del tipo de producto agrícola o alimenticio que cuenta con características específicas debido a que ha sido producido a partir de materias primas o ingredientes tradicionales, o, cuenta con una composición, elaboración o producción o transformación tradicional o artesanal que correspondan a la identidad cultural práctica tradicional aplicable a ese producto o alimento (...)”.

La finalidad última de este tipo de signos es doble: a) por un lado hacia el agricultor y principalmente al sector rural como un impulso a sus productos, b) para el consumidor



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

que cuenta con una mejor información en torno a alimentos propios de la zona. En Ecuador, las Especialidades Tradicionales Garantizadas que se han registrado, son entre otras:

1. Tamal lojano (Loja)
2. Mote pata (Cuenca)
3. Ceviche de canchalagua (Galápagos)
4. Sango de verde (Machala)
5. Encanutado de bocachico (Quevedo)
6. Encebollado y cocada negra (Esmeraldas)
7. Cascaritas (Azogues), y
8. Chugchucaras (Latacunga).

### **1.4.3 Obtenciones vegetales**

En España hasta 1975, las obtenciones vegetales no tenían una regulación jurídica específica, las cuales si bien tienen ciertas características que se las podría proteger bajo la figura de patentes, al no haber únicamente la intervención humana en su desarrollo, sino, también una fuerte influencia de la naturaleza, se protegía a las obtenciones vegetales mediante la figura del modelo de utilidad (Otero, Fernández-Nóvoa, & Botana, 2009).

En la Comunidad Andina, no es sino a partir de la Decisión 345 de 1993 en donde se regula un sistema específico de protección para las obtenciones vegetales, determinando que toda aquella variedad vegetal que cumpla las siguientes características, puede ser objeto de la protección:

1. Nueva: el concepto dista de su acepción tradicional y se establece una acepción legal entendida la novedad vinculada a que la variación no haya sido previamente vendida o entregada, aspecto en el que caben ciertas excepciones según la legislación del territorio que se analice.
2. Distintividad: se establece como estándar que no exista a nivel mundial otra variedad que haya sido previamente concedida.





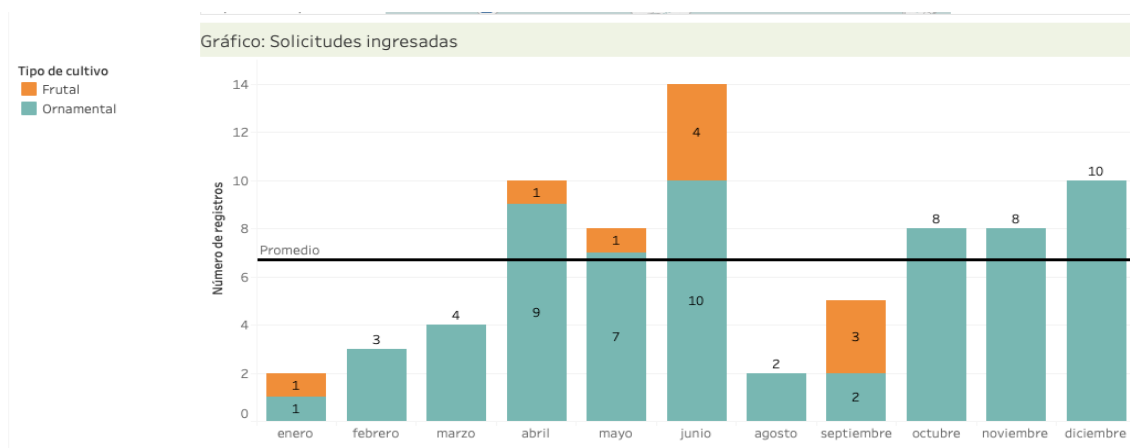
## UNIVERSIDAD DE CUENCA

3. Estabilidad: se refiere a que la variación mantenga su uniformidad con el paso del tiempo.
4. Homogeneidad: este es un concepto similar al de la Homogeneidad, pero que hace referencia a que las características permanezcan inalteradas luego de las reproducciones o multiplicaciones que tenga la obtención.

En la legislación ecuatoriana en el Art. 471 del Código Ingenios, se establece que son materia de protección de esta figura jurídica las siguientes: “las variedades pertenecientes a todos los géneros y especies vegetales siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentre prohibido por razones de salud humana, animal o vegetal, soberanía alimentaria, seguridad alimentaria y seguridad ambiental” y el titular de la obtención gozará de una protección de 18 años en el caso de variedades de vides y árboles forestales, frutales y ornamentales; y de 15 años para las demás variedades, tiempo que se contabiliza desde el otorgamiento del certificado.

Para el año 2017 se registraron en Ecuador un total de 81 solicitudes de obtenciones vegetales, 7 de ellas nacionales y 74 extranjeras acorde al siguiente gráfico:

**Gráfico No. 11 – número de obtenciones vegetales solicitadas en Ecuador durante el año 2017**



\*Fuente: Dirección Nacional de Obtenciones Vegetales del SENADI, imagen obtenida de

[https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/viz/home/GestinDNOV\\_0/DNOVSolicitudesIngresadas](https://public.tableau.com/profile/instituto.ecuatoriano.de.la.propiedad.intelectual#!/viz/home/GestinDNOV_0/DNOVSolicitudesIngresadas) el 11 de noviembre de 2018.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### 1.4.4 Saberes ancestrales

Arias (2012) en torno a la riqueza natural de la Amazonía reflexiona que en este lugar “se ha identificado aproximadamente un 12% de las especies de plantas y animales en el mundo, de las cuales se han derivado gran parte de los medicamentos, alimentos y químicos usados comúnmente” (Pág. 60), algo que Jarrín, Altamirano, Balseca, Heredia y Aguirre (2018) pudieron constatar en su investigación de la cultura Kañari en el período de integración de 500 d.C a 1534 d.C en donde han surgido saberes ancestrales en los siguientes ámbitos:

1. Técnicas agroecológicas,
2. Prácticas agroecológicas,
3. Prácticas agroalimenticias.

El Art. 57.12 de la Constitución ecuatoriana reconoce como derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas la protección y desarrollo de conocimientos colectivos, ciencias, tecnología y saberes ancestrales, al tiempo que el Art. 322 del mismo cuerpo legal en el que se reconoce a la propiedad intelectual, se prohíbe expresamente la apropiación de saberes ancestrales.

En el Código Ingenios este tema se regula bajo la denominación de conocimientos tradicionales a los cuales se conceptualiza como: “todos aquellos conocimientos colectivos, tales como prácticas, métodos, experiencias, capacidades, signos y símbolos propios de pueblos, nacionalidades y comunidades que forman parte de su acervo cultural y han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación. Son conocimientos tradicionales, entre otros, los saberes ancestrales y locales, el componente intangible asociado a los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales.”

Tal como lo establecen Jarrín, Altamirano, Balseca, Heredia y Aguirre (2018), hay importantes aportes de comunidades y nacionalidades ecuatorianas, reconociendo el Art. 521 del Código Ingenios como patrimonio colectivo, entre otros: métodos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

terapéuticos para tratar enfermedades de manera ancestral, mezclas de extractos biológicos naturales para preparar medicina tradicional, indumentarias o joyas de expresión cultural, entre otras.

### **1.5 Delimitación de la conducta penalmente relevante.**

Como habíamos señalado en la parte introductoria, los delitos contra la propiedad intelectual requieren siempre de una normativa previa que permita definir su alcance y naturaleza. Si reflexionamos en torno a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual para definir si esta es derecho público o privado, coincidimos con varios autores al concluir que esta tiene una vertiente mixta, de un lado pública por la tutela estatal y el interés general que se genera, y por otra privada por los derechos que se conceden a los titulares.

Establecido aquello, debemos analizar el bien jurídico protegido en este tipo de derechos, habiendo corrientes moralistas que buscan proteger los derechos morales del autor, corrientes de índole más mercantil que buscan proteger los derechos patrimoniales sobre las obras y productos, y finalmente una corriente que considera a las dos previamente indicadas que busca tutelar tanto los derechos morales como los económicos que se generan en la propiedad intelectual o industrial.

En la legislación española a partir del Código Penal de 1995, los términos “con ánimo de lucro” o “en perjuicio de un tercero” establecen una clara tendencia a la protección del aspecto económico de la propiedad intelectual, situación que es similar en la legislación ecuatoriana al revisar en el tipo penal el término “escala comercial” además de la regulación expresa en la que se indica que las disposiciones no serán aplicables cuando los bienes o productos no tengan fines comerciales.

De todo el amplio abanico de figuras legales que recoge nuestra legislación en el Código Ingenios, el Art. 208A del COIP únicamente considera las infracciones en torno a marca de productos y derechos de autor. Analicemos cada una.

#### **1.5.1 Marcas de productos**



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Teniendo como referencia la clasificación NIZA, desde la Clase Internacional 1 hasta la 34 hacen referencias a productos que pueden tener una marca que los distinga. Así, se encasillan como conductas penalmente relevantes, la persona que, con intención de comercializar en Ecuador, importe US\$ 60.000 (152,67 Salarios Básicos Unificados) en carteras que lleven la marca LOUIS VUITTON que no hayan sido producidas o autorizadas por la empresa LVMH. En caso de que la importación para la venta sea únicamente de US\$ 10.000 (25,44 Salarios Básicos Unificados), la conducta no sería penalmente relevante.

Considerando otra situación, si una comunidad religiosa importa US\$ 100.000 (254,45 Salarios Básicos Unificados) en botellas de vino de consagrar con la marca CASILLERO DEL DIABLO que no hayan sido fabricadas o autorizadas por la compañía de matriz chilena Viña Concha y Toro S.A., para conmemorar alguna fiesta patronal, en la cual se invita abiertamente a los feligreses sin cobrarles nada a cambio, y sin hacer propaganda del tipo de vino que se dará en el festejo, no estaríamos tampoco ante una conducta penalmente relevante.

Como contexto final en torno a las marcas de productos, consideremos a una industria de teléfonos móviles ecuatorianos que ha producido US\$ 500.000 (1272,26 Salarios Básicos Unificados) en productos celulares encasillados dentro de la Clase Internacional 9 con la marca AyFone (pronunciada en castellano), suponiendo que la afamada empresa Apple Inc. No ha registrado el signo distintivo iPhone en el Ecuador. En primer lugar la falta de registro del signo iPhone no sería un inconveniente pues acorde al Art. 459 y siguientes del Código Ingenios, así como lo expresamente señalado en el Art. 208A del COIP, iPhone es una marca notoriamente conocida, por lo tanto, no necesita un registro ante la autoridad competente ecuatoriana para hacer valer sus derechos, por lo que podría presentar una denuncia penal contra los fabricantes del AyFone (pronunciada en castellano), punto en el que debemos analizar el último inciso del Art. 208A que establece que no es delito fabricar productos que tengan una marca con características propias, en donde si bien fonéticamente AyFone (pronunciada en castellano) y iPhone son similares, gráfica y conceptualmente no tanto, por lo que en una vía penal es poco probable que se determine el factor dolo como elemento subjetivo



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

del tipo penal, caso que en mi criterio tampoco sería penalmente relevante, aunque en sede administrativa o civil, podría haber una fuerte pelea.

### 1.5.2 Derechos de autor

El Art. 208A del COIP establece que en materia de derechos de autor se aplicarán las mismas sanciones que en afecciones a marcas de productos, así, una compañía de naturaleza Sociedad Anónima que haya facturado US\$ 80.000 (203,56 Salarios Básicos Unificados) por ventas de Discos Compactos que contenían obras interpretadas por el cantante mexicano Luis Miguel y cuya distribución no ha sido autorizada por éste, estaría dentro del presupuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica por un delito contra la propiedad intelectual.

Con el análisis de las dos aristas posibles que determina la legislación penal ecuatoriana, concluimos además que las siguientes conductas serían infracciones a la propiedad intelectual pero que no tendrían un desvalor de índole penal:

- Abrir un supermercado de alimentos bajo el nombre comercial notoriamente conocido WALLMART.
- Explotar la patente del FACEID sin autorización de Apple Inc.
- *Producir* aguardiente de agave producido en Nabón indicando que es Tequila.
- Comercializar cacao venezolano promocionándolo como ecuatoriano.
- Facturar servicios jurídicos por más de US\$ 500.000 (1272,26 Salarios Básicos Unificados) bajo la marca de servicios BAKER & MCKENZIE.
- Vender carteras con una marca legalmente registrada, pero con un diseño industrial de CAROLINA HERRERA.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Incorporar el chip A12 de Apple Inc. En un teléfono celular producido para ser comercializado en Ecuador.
- Importar US\$ 80.000 (203,56 Salarios Básicos Unificados) en TRAPEADORES SUPER MOP PRO que contienen un modelo de utilidad legalmente concedido.
- Un ciudadano que haya impregnado su nombre como autor del afamado libro Los Secretos de la Mente Millonario, sin haber vendido ningún ejemplar.

Esta ejemplificación final en torno a acciones atentatorias contra la propiedad intelectual que no serían consideradas como penalmente relevantes no buscan dar ideas de negocios ilegales, pues todas al fin y al cabo tendrían una sanción de índole administrativa o civil, sino, reflexionar en torno a la pertinencia o no de haberlas dejado fuera del espectro de protección penal, aspecto que abordaremos en el tercer capítulo de esta obra.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO II

### RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

#### 2.1 Origen de la persona jurídica

Tal como el génesis en la biblia, desde la era del imperio Romano ya se venía considerando el '*collegium*', la '*societas*' o la '*universitas*', términos todos ellos que buscaban darle sentido al colectivo de personas agremiadas, figuras que obviamente distan diametralmente de las que conocemos hoy en día.

Posteriormente la influencia del Derecho Estatutario alemán, el Derecho Bancario y de Seguros en Italia, así como cierta normativa dada por Luis XIV Rey de Francia; fueron aportando al fortalecimiento de la entelequia persona jurídica, sin embargo, no es hasta el Código de Comercio francés de 1807 en donde se reconocen como tal a las sociedades colectivas, en comandita y las sociedades anónimas.

Acorde a la Real Academia de la Lengua Española (2014), empresa significa una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. A partir de este concepto, en el presente trabajo llegamos a conceptualizar la empresa, como la organización de los factores de producción para solucionar un problema en la sociedad con la finalidad de obtener una ganancia, la empresa puede tener dos tipos de estructuras: como persona natural o como sociedad.

Como señala Costa (2007), la ética y la estética empresarial son importantes, las cuales se entienden como la finalidad de servicio que tiene una empresa y no únicamente la finalidad de dominio, teniendo la empresa un papel moral en la sociedad que en la mayoría de países se ha traducido como la responsabilidad social empresarial. La empresa establecida a modo de persona natural es la forma más sencilla de iniciar un negocio, en donde la persona debe registrarse como contribuyente ante la autoridad tributaria, obtener los permisos necesarios acorde al carácter de su actividad e iniciar su labor empresarial. Analizando esta estructura desde el ámbito de la responsabilidad, la persona natural es ilimitadamente responsable en torno a las obligaciones de la empresa,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

siendo en este mismo sentido responsable directo en caso de la comisión de una infracción considerada como delito o contravención según el COIP.

En torno a las sociedades, entendidas estas como la agrupación de dos o más personas, estas pueden estar constituidas formalmente como aquellas determinadas en el Código Civil, Ley de Compañías, Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y por otro lado las que no han sido constituidas formalmente, como es el caso de la sociedad de hecho, la cual no tiene personería jurídica, pero que como veremos más adelante, puede llegar a tener responsabilidad penal. Acorde al objeto de estudio de la presente obra, nos interesan las sociedades creadas al amparo del Código Civil, la Ley de Compañías y Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, ya que acorde al Art. 49 del COIP, las empresas públicas no pueden ser sujetos de responsabilidad penal.

El art. 564 del Código Civil establece que:

“Art. 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

Este concepto no abarca a las sociedades mercantiles, las cuales se encuentran regidas por la Ley de Compañías.

Por su parte la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria rige a aquellas sociedades de interés social que adquirirían personalidad jurídica acorde al art. 9 de la ley, el cual establece:

“Art. 9.- Personalidad Jurídica.- Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria se constituirán como personas jurídicas, previo el cumplimiento de los requisitos que contemplará el Reglamento de la presente Ley. La personalidad jurídica se otorgará mediante acto administrativo del





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Superintendente que se inscribirá en el Registro Público respectivo. Las organizaciones en el ejercicio de sus derechos y obligaciones actuarán a su nombre y no a nombre de sus socios.

En el caso de las cooperativas, el procedimiento de constitución, los mínimos de socios y capital social, serán fijados en el Reglamento de esta Ley, tomando en cuenta la clase de cooperativa, el vínculo común de sus socios y el ámbito geográfico de sus operaciones.”

Tal como señala Cevallos (2016, pág. 2) “la economía contemporánea propicia la agrupación de individuos y la unión de capitales para emprender en operaciones mercantiles”, teniendo como referente de las personas jurídicas en Ecuador el Código de Comercio de 1878 que incorporó regulaciones en torno a las compañías de comercio y de las cuentas en participación, pero no fue sino hasta 1964 que se expidió la primera Ley de Compañías en el país.

### **2.2 Tipos de personas jurídicas que pueden ser sujetos activos de delitos en Ecuador.**

Existe una conexión fuerte entre el concepto filosófico y jurídico de persona moral, el cual termina siendo el hombre en sí (Cofré, 2008). Si consideramos que existen corporaciones o fundaciones de derecho público como el Estado en sí, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca, el Sistema de Rentas Internas, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales o ETAPA EP, que son sociedades con personería jurídica propia, sin embargo, como habíamos destacado previamente, estas no pueden ser sujetos activos de delitos debido a que el Art. 49 del COIP establece que únicamente las personas jurídicas de derecho privado pueden tener responsabilidad penal, norma que tiene su razonabilidad en virtud a la naturaleza jurídica de este tipo de asociaciones que como señala Cofré (2008) no necesita ni siquiera una explicación metafísica sobre su finalidad, sino que se explica únicamente en torno a la utilidad que le dan al ser humano.

Siguiendo el hilo del Art. 49 del COIP, las categorías de personas jurídicas de derecho privado que si pueden llegar a tener responsabilidad penal se reducirían a tres:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. Sociedades civiles de finalidad pública reguladas por el Código Civil.
  - a. Corporaciones, y
  - b. Fundaciones.
2. Sociedades mercantiles reguladas por la ley de Compañías.
  - a. La compañía en nombre colectivo;
  - b. La compañía en comandita simple y dividida por acciones;
  - c. La compañía de responsabilidad limitada;
  - d. La compañía anónima; y,
  - e. La compañía de economía mixta.
3. Sociedades de interés social reguladas por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.
  - a. Organizaciones del Sector Comunitario;
  - b. Organizaciones del Sector Asociativo; y,
  - c. Organizaciones del Sector Cooperativo.

Las sociedades civiles de finalidad pública reguladas por el Código Civil como el Deportivo Cuenca, la Cámara de Comercio de Cuenca, el Instituto del Cáncer, SOLCA, o, el Guayaquil Country Club; no persiguen un fin de lucro, sino más bien un fin social, debiendo su constitución ser aprobada por el Ministerio del ramo pertinente de la Función Ejecutiva.

Las sociedades mercantiles son aquellas que realizan alguno de los llamados actos de comercio y se encuentran reguladas por la ley de compañías, el Código de Comercio y ciertas disposiciones del Código Civil. Los actos de comercio por su parte, se encuentran establecidos en el Art. 3 del Código de Comercio, entre los que encontramos: la compra y venta de bienes muebles con ánimo de lucro, las empresas de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

tiendas, bazares, cafés, el transporte, operaciones de banco, operaciones de bolsa, entre otras.

Según Cevallos (2016, pág. 20), de la revisión del Art. 3 del Código de Comercio podríamos concluir que “la regla son las sociedades civiles y la excepción las mercantiles”, sin embargo, la ejemplificación del Código de Comercio es bastante precaria, debiendo tomar como guía las actividades mercantiles desde la óptica de la costumbre mercantil establecida en el Art. 4 del mismo cuerpo legal.

En relación a las personas jurídicas de interés social tienen 3 subdivisiones: a) del sector comunitario, entendidas como las organizaciones vinculadas en razón al territorio, la familia, cultura, etc.; b) del sector asociativo, entendida como el grupo de personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias; y, c) del Sector Cooperativo, que hacen referencia a la reunión voluntaria de personas naturales para satisfacer necesidades económicas, sociales y culturales en común.

Finalmente es prudente señalar que existe un supuesto en el cual una organización que no ostente personería jurídica, puede ser responsable penalmente en Ecuador, esto es en el caso del delito de defraudación tributaria tipificado en el Art. 298 del COIP, el cual determina como sujeto activo a las sociedades o cualquier otra entidad que sin personería jurídica constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de la de sus miembros, como sería el caso de la sociedad de hecho o el fideicomiso.

### **2.3 Antecedentes en el derecho comparado de la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

El autor Silva Sánchez (2013) ha establecido tres argumentos principales en torno a la necesidad de incorporar la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo estos:

1. la irresponsabilidad organizada;
2. la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual; y,
3. la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Reforzando este criterio desde la criminología, García Pablos (2014) al hablar sobre las complejas nuevas formas de criminalidad, principalmente en los delitos de ‘cuello blanco’, indica que su origen se plasma en las complicadas relaciones sociales que se establecieron en la era postindustrial.

En la actual era de la información, la que surgió después de la caída del muro de Berlín en 1989, el desarrollo de nuevas tecnologías no solo han traído grandes avances para la humanidad, sino complejas estructuras que dificultan la determinación de conductas, época en la que el mundo tuvo un enorme desarrollo económico que produjo gran riqueza, la cual según Ulrich (1998, pág. 25) “va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos”, en donde el Estado se ha quedado relegado en relación a la relevancia y poder de las empresas, sin tener “conocimiento sobre la seguridad técnica de los riesgos modernos derivados de los avances tecnológicos” (Pozo Torres, 2018, pág. 4); retraso que se nota aún más en el derecho penal, el cual por su naturaleza va a quedar obviamente relegado por las empresas en la maratón de la vida, pues con su tradicional estructura para castigar personas naturales, no solo que estaba dejando escapar, sino, que ni siquiera tenía en su radar a los grandes actores de la criminalidad empresarial.

Al momento de escribir esta obra, la empresa de matriz brasileña Odebrech se ha establecido como una muestra no solo de la irresponsabilidad empresarial, sino, del complejo enmarañamiento societario que puede establecerse para la comisión de una conducta penalmente sancionada, particular que nos hace tener conciencia de lo que Sutherland (2009) analizó como la criminalidad de cuello blanco en la que el empresario es admirado, reconocido, goza de estima social, e incluso ha financiado las campañas de varios de los legisladores que debaten los proyectos de ley, siendo ese poder político y económico un atentado para la sociedad cuando es mal utilizado.

No quisiera que se malentienda este acápite como una lúgubre presentación del empresario, pues soy un fiel creyente de que es el sector privado el que debe mover a un país, siendo admirable el trabajo del empresario en la sociedad, sin que debamos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

sentenciarlo generalmente como perverso por un par de desviados que en realidad lo que son es delincuentes.

Cuesta Arzamendi & Pérez Machío (2010) resaltan de entre los convenios internacionales planteados, la Recomendación No. (18) 88 del Consejo de Europa en el año 1988, sobre la necesidad de exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a conductas delictivas de sus representantes, así como el Convenio sobre Cibercriminalidad de 2001 en el que se prevé la responsabilidad penal de personas jurídicas. Similares planteamientos han sucedido en torno a otros convenios sobre trata de personas, asuntos medioambientales, tráfico de drogas, entre otros, sin embargo, como mencionamos inicialmente, todas estas son recomendaciones que no determinan de manera clara y expresa la obligación de incorporar en las respectivas legislaciones, la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, razón por la que no hay un criterio uniforme en los estados europeos en torno a este tema.

En el caso puntual de Italia, en el año 2001 se reguló expresamente la figura de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, considerando un limitado espectro de infracciones por los que se le podía imputar, espectro que se ha ido ampliando con el paso de los años, sin embargo, como se menciona, estas infracciones han sido legalmente catalogadas dentro de la figura de la responsabilidad administrativa acorde al artículo 27 de la Constitución de este país que consagra el principio *societas delinquere non potest*, particular que a criterio de Carnevali (2010, pág. 297) no es totalmente real, ya que “se establecen criterios de imputación que relacionan a una persona física que actúa en interés o para obtener una ventaja para la persona jurídica” y por ende concluye que se trata de un modelo de responsabilidad por comisión de delitos.

España incorporó un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas en el año 2003, sin embargo, a criterio de Sánchez Bernal (2012), no es hasta la reforma penal del año 2010 cuando verdaderamente se regula dicha responsabilidad criminal. El citado autor manifiesta que en España se adopta un sistema intermedio entre el de imputación vicarial y el de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, debido a que el artículo 31 bis del Código prevé ambos casos.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

En América, es interesante analizar el caso chileno, quienes en el año 2009 incorporaron esta figura en su legislación dentro del contexto de ingreso a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), optando por el modelo de responsabilidad por defecto de organización o sistema de responsabilidad autónoma, en el que no se establece propiamente un tipo penal en el que el sujeto activo sea una persona jurídica, sino, que se le atribuye responsabilidad a esta última cuando ha inobservado sus deberes de dirección y supervisión a las personas naturales con las que tiene un vínculo de conexión, con lo que se implementa además de manera expresa según Hernández (2010) el modelo de autorregulación forzada (*enforced self-regulation*) o programas de cumplimiento (*compliance programs*), los cuales a criterio del autor son un efecto de todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que en el caso chileno se establece de manera más clara y consciente.

### **2.4 Análisis doctrinario de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.**

Partimos del aforismo jurídico *societas delinquere non potest* el cual obliga a los penalistas a tomar un bando, colocando por un lado a aquellos que consideran que solo la persona natural es susceptible de ser sancionada penalmente, bando en el que se encuentran famosos tratadistas como Roxin (2014) o Muñoz Conde y García Arán (2013); y por otro lado, a aquellos que consideran que la evolución y dinámica de la criminalidad se ha desarrollado a tal punto, que la sanción penal a la entelequia persona jurídica debe ser incorporada, ya que “la criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados” (Ferrajoli, 2015), siendo esta última teoría la que a rasgos generales incorpora nuestra legislación desde 2014, pues, como señala Vásquez (2016), negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es algo que sucede únicamente en los libros doctrinarios antiguos como el de Roxin (2014), en los que se advertía que la norma penal era aplicable únicamente a personas naturales.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Previo a entrar en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, partamos de la concepción de teoría del delito tradicional que plantea el tratadista Francisco Muñoz Conde (2013, pág. 1) “la teoría general del delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito”.

A partir de esta concepción, el órgano legislativo de cada país promulga una normativa en determinado momento histórico, que establece las conductas activas u omisivas que deben ser sancionadas penalmente.

Como hemos mencionado previamente, en Ecuador, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal COIP en el año 2014, se incluyó la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas, dando paso a un cambio valorativo que debe ser considerado por todo órgano legislativo al momento de expedir leyes (García Pablos de Molina, 2014), regulación que no era novedosa, pues tenía varios antecedentes a nivel global y regional como relatamos previamente, lo que ha establecido que ciertos sectores manifiesten que “la teoría del delito en sentido amplio contiene dos sistemas de imputación: el de las personas físicas y el de las personas jurídicas” (Silva Sánchez, 2013, pág. 19), conclusión que es compartida por Vásquez (2016, pág. 130) quien concluye “la necesidad de construir una teoría jurídico-penal ateniende a las personas jurídicas”, criterios que son rebatidos por tratadistas como Miró Linares (2013) quien considera que en torno al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la teoría del delito únicamente debe ser reformada.

En relación a este cambio, Araujo (2014) resalta “la importancia del estudio y aplicación de esta moderna teoría del delito, que basada en una correcta aplicación del principio de la legalidad material, se consolide como la garantía de cualquier persona (natural o jurídica) ante el poder sancionador del estado”, compartiendo lo dicho por Miró Linares (2013). Como conclusión propia en torno al debate del encasillamiento de la tradicional teoría del delito como sustento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, creo que es importante resaltar que en esta nueva concepción se utiliza una teoría de imputación ajustada, existiendo básicamente dos grandes modelos doctrinales para establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. Vicarial o de transferencia de responsabilidad: el que ‘transfiere’ la responsabilidad penal de una persona natural a la persona jurídica siempre y cuando exista un factor de conexión entre ellas.
2. Directo o de responsabilidad autónoma: en el que la responsabilidad surge directamente de una conexión entre la conducta o resultado jurídicamente reprochados y una característica de la entidad, siendo secundaria la responsabilidad de la persona natural. (Hernández, 2010).

Estos nuevos esquemas han hecho que la tradicional teoría general del delito trastabillo y que para sobrevivir deba adaptarse. Más allá de definir si la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas necesita una nueva construcción dogmática o una simple remodelación, a mi criterio queda claro que estructuramos una nueva concepción, más allá de la semántica que utilicemos.

### **2.5 Numerus clausus de delitos en los que la persona jurídica puede ser penalmente responsable y sus penas.**

Dentro de este nuevo constructo legal, debemos dejar en claro que la persona jurídica no puede ser responsable de cualquier tipo de delitos, sino, únicamente de aquellos establecidos expresamente en el COIP, estableciéndose un doble catálogo de penas en la normativa penal ecuatoriana, uno para las personas naturales regulado desde el Art. 59 al Art. 70 del COIP; y otro para las personas jurídica contemplado en el Art. 71 del mismo cuerpo legal.

En torno a los delitos en los que la persona jurídica puede ser sujeto activo, los expresamente establecidos por la legislación ecuatoriana son los siguientes:

- Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario – Pena: extinción de la persona jurídica
  - Etnocidio
  - Exterminio
  - Esclavitud
  - Deportación o traslado forzoso
  - Desaparición forzada





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Ejecución extrajudicial
- Persecución
- Apartheid
- Agresión (fuera casos previstos NN. UU)
- Lesa humanidad
- Trata de personas – Pena: multa de 100 a 1.000 Salarios Básicos Unificados (SBU) y la extinción de la misma.
- Diversas clases de explotación – Pena: multa de 10 a 1.000 SBU y extinción.
  - Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos
  - Tráfico de órganos
  - Publicidad de tráfico de órganos
  - Realización de procedimientos de trasplante sin autorización
  - Turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos
  - Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes
  - Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes
  - Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral
  - La promesa de matrimonio o unión de hecho servil
  - Adopción ilegal
  - Empleo de personas para la mendicidad
- Delitos contra los derechos de libertad – Pena: varía según el delito
  - Ocupación, uso ilegal del suelo o tráfico de tierras – Pena: multa de 100 a 200 SBU y extinción de la persona jurídica.
  - Insolvencia fraudulenta – Pena: clausura definitiva de los locales y una multa de 50 a 100 SBU
  - Delitos contra la migración – Pena: extinción de la persona jurídica
  - Tráfico ilícito de migrantes
- Delitos contra el derecho de propiedad – Pena: varía según delito
  - Falsificación y piratería lesiva contra los derechos de autor – Pena: multa entre 55 a 295 SBU y extinción.
- Delitos contra los derechos del buen Vivir – Pena: varía según el delito



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados – Pena: multa de 30 a 50 SBU y extinción de la persona jurídica
- Desatención del servicio de salud – Pena: multa de 30 a 50 SBU y clausura temporal
- Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado – Pena: multa de 10 a 12 SBU
  - Engañar al comprador respecto a la identidad o calidad de los productos o servicios vendidos
- Delitos contra el derecho a la cultura – Pena: disolución de la persona jurídica
  - Destrucción de bienes del patrimonio cultural
  - Delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social – Pena: varía según el delito
  - Retención ilegal de aportación a la seguridad social – Pena: clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.
  - Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad social por parte de una persona jurídica – Pena: intervención de la autoridad competente, multa de 3 a 5 SBU por cada empleado no afiliado siempre que no se abone el valor respectivo dentro del término de 48 horas después de haber sido notificado.
- Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama – Pena: varía según el delito
  - Invasión de áreas de importancia ecológica – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
  - Incendios forestales y de vegetación – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
  - Delitos contra la flora y fauna silvestre – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional – Pena: multa de 200 a 500 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Delitos contra el agua – Pena: multa de 200 a 500 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Delitos contra el suelo – Pena: multa de 200 a 500 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Contaminación del aire – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Falsedad u ocultamiento de información ambiental – Pena: multa de 100 a 300 SBU, clausura temporal, comiso y remodelación de daños ambientales.
- Delitos contra los recursos no renovables – Pena: multa de 500 a 1.000 SBU
  - Actividad ilícita de los recursos mineros
  - Financiamiento o suministro de maquinarias para la extracción política de recursos mineros
  - Paralización del servicio de distribución de combustibles
  - Adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado o biocombustible
  - Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos gas licuado o biocombustible
  - Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial
  - Sustracción fraudulenta o clandestina de hidrocarburos
- Delitos contra la responsabilidad ciudadana “Delitos económicos y contra el sistema financiero” – Pena: varía según el delito



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Defraudación tributaria – Pena: multa de 50 a 100 SBU y extinción de la persona jurídica
- Pánico económico – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Agiotaje – Pena: multa de 100 a 200 SBU
- Usura – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Divulgación de información financiera reservada – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Ocultamiento de información – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Falsedad de información – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Defraudaciones bursátiles – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Falsedad documental en el mercado de valores – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Autorización indebida de contrato de seguro – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Operaciones indebidas de seguros – Pena: multa de 100 a 200 SBU
- Lavado de activos – Pena: multa de 500 a 1.000 SBU y clausura definitiva del local
- Incriminación falsa por lavado de activos – Pena: multa de 100 a 200 SBU
- Omisión de control de lavado de activos – Pena: multa de 100 a 200 SBU
- Simulación de exportaciones o importaciones – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Pánico financiero – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Captación ilegal de dinero – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Falsedad información financiera – Pena: multa de 200 a 500 SBU
- Infracciones de tránsito – Pena: varía según el delito
- Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan – Pena: responsabilidad civil solidaria operadora de transporte



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- -Muerte culposa – Pena: responsabilidad civil solidaria operadora de transporte
- -Muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra – Pena: multa y sanción civil para persona jurídica.

Así, para la Teoría Clásica del delito en la que el sujeto activo debe actuar con consciencia y voluntad, en la que se debe identificar un bien jurídico afectado del sujeto pasivo; para la nueva concepción de la responsabilidad penal de la persona jurídica le incomoda a tal punto que autores como Roxin (2014), Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (2013) reniegan la posibilidad de imputar un delito a la ente lequía persona jurídica, sin embargo, creo que el derecho penal se ha ‘adaptado’ muy bien, por decirlo de alguna manera y siguiendo el hilo de la teoría de la evolución de Darwin dando respuestas a los dos principales problemas que según Pozo Torres (2018) presenta la figura: a) capacidad de acción; y, b) capacidad de culpabilidad.

### **2.6 Capacidad de acción para delinquir de la persona jurídica.**

En torno a este dilema del sujeto activo en el delito, se adaptó el concepto de acción a partir de lo establecido en el Art. 564 del Código Civil ecuatoriano el cual indica que la persona jurídica es un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, sabiendo que además se le endilgan obligaciones tributarias, laborales, administrativas, etc., llegando a cuestionar Pozo Torres (2018) qué inconveniente surgiría al reconocer obligaciones penales de la persona jurídica, criterio que es compartido por Vásquez (2016) al señalar que así como el Estado tiene el deber de proteger bienes jurídicos de las personas, incluyendo las jurídicas, resulta obvio que puede restringir los derechos de cualquier persona, incluyendo también a las jurídicas.

En este mismo sentido, la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica no considera la acción desde la óptica finalista de obviar la acción únicamente cuando esta no es penalmente relevante, sino, que realiza un enfoque desde el funcionalismo al analizar el injusto desde la óptica de la afeción al bien jurídico mediante la imputación, resultando importantes “los criterios por los que se determina la atribución de la responsabilidad a un sujeto por las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos”



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

(Pozo Torres, 2018, pág. 22). Así, la persona física que le rompe la nariz a otra afectando su derecho fundamental a la integridad personal por un comportamiento voluntario, tiene un similar análisis en torno a la imputación, si lo analizamos en contraste a una compañía que causó un grave daño ambiental afectando el derecho fundamental a un medio ambiente sano, al perpetrar una conducta que no solamente es voluntad de sus órganos directivos, sino que en una sociedad de riesgo, era la llamada a velar por la protección eficiente de ese bien jurídico afectado.

### **2.7 Capacidad de culpabilidad en la persona jurídica.**

Esta segunda arista que un sector de la doctrina ha destacado como un límite a la posibilidad de reprochar un delito a una persona jurídica, peca de haber hecho el juicio de reproche desde los constructos de la teoría del delito tradicional que analiza únicamente a la persona física como un reproche por no actuar de manera distinta estando dentro de sus cabales, estando libre y personalmente motivada. En este sentido, Gómez Jara (2010) considera que la imperiosa necesidad del Derecho Penal Empresarial de obtener un modelo de autorresponsabilidad por culpabilidad propia de la persona jurídica y no ajena, construyendo este nuevo concepto de culpabilidad para la entelequia persona jurídica desde la óptica de la ética empresarial que finalmente se traduce en los programas de *compliance*, los cuales sirven para demostrar el apego al derecho y la legalidad, concepto de culpabilidad que según Pozo Torres (2018) resulta ser el más apropiado desde una óptica doctrinaria, pues otras propuestas se han encaminado en contra de los principios del derecho penal moderno al establecer una culpabilidad por la operatividad defectuosa que llegue a tener la empresa en el tiempo, considerando que podría ser tachado como derecho penal de autor.

### **2.8 Modelos de imputación penal para la persona jurídica.**

Como se señaló con anterioridad, existen dos modelos de imputación predominantes:

1. Vicarial o de transferencia de responsabilidad.
2. Directo o de responsabilidad autónoma.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **2.8.1 Vicarial o de transferencia de responsabilidad.**

Este sistema tiene un origen en los constructos del derecho civil con el que se entiende que si actúa una persona natural en nombre de la persona jurídica, esta última actúa también, siendo el núcleo central de esta teoría según Pozo Torres (2018) el comportamiento del agente miembro de la persona jurídica.

Dentro de esta teoría se han establecido tres presupuestos para poder transferir la responsabilidad de la persona natural a la jurídica, siendo estos:

- a. Que la persona natural que comete la infracción sea parte de la organización;
- b. Que actúe en ejercicio de sus funciones; y,
- c. Que el actuar beneficie a la organización.

En torno al primer requisito referente a la necesidad de que el infractor sea parte de la organización, hay teorías que establecen que el infractor puede ser únicamente alguien con poder de decisión, y otras en las que puede ser cualquier miembro de esta, pudiendo llegar a determinar responsabilidad incluso por acciones de empleados de niveles no directivos como el chofer de un camión o uno de los vendedores de la empresa.

En relación al segundo requisito referente al ejercicio de la acción en ejercicio de las funciones, debemos resaltar la necesidad de una autorización de la organización al infractor para la realización de la conducta, autorización que puede ser expresa o tácita, particular que debe ser probado prácticamente invirtiendo la carga de la prueba hacia la organización, pues el hecho de tener un código de ética por ejemplo, prohibiciones en el reglamento interno de trabajo o haber enviado un correo electrónico instruyendo la prohibición de cometer delitos genéricos, no es suficiente para desestimar este punto.

Finalmente en relación al tercer requisito de actuación en beneficio de la organización, se establece por parte de autores como Gómez-Jara (2010) que no se requiere probar en sí el beneficio actual o futuro, sino, que con la mera intención de beneficiar a la organización se cumpliría ya este presupuesto.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

### **2.8.2 Directo o de responsabilidad autónoma.**

Dentro de este modelo de imputación han existido varias teorías, algunas que han tenido al igual que el sistema vicarial, algunos conflictos con los principios del derecho penal como son el derecho penal del acto, el principio *non bis in idem*, la imputación tanto objetiva como subjetiva del hecho ilícito y ciertos asuntos probatorios, considerando que “en el Derecho penal moderno, la responsabilidad por el hecho propio es algo necesario” (Pozo Torres, 2018, pág. 46), por no decir indispensable, algo que en el sistema vicarial trastabillaba fuertemente.

Según Pozo Torres (2018), aún no tenemos humo blanco entre los juristas respecto a la teoría de imputación directa de responsabilidad penal de la persona jurídica, encontrando varias teorías como son la de defecto de la organización de Tiedemann, la del carácter de la empresa de Lampe, de conducción empresarial de Heine, entre otras, pero la propuesta que más asidero ha tenido en la comunidad jurídica europea, es la de la culpabilidad constructivista de Gómez-Jara Díez, que explicaremos a continuación.

Gómez-Jara parte desde un antecedente epistemológico que son las teorías del constructivismo operativo de Niklas Luhmann, el cual manifiesta que en una sociedad, varios sistemas pueden reproducirse a sí mismos y empezar a desarrollar caracteres propios, entre ellos las empresas que deben gestionar riesgos (Gómez-Jara, El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial: un resumen, 2010), tal como lo hace el ciudadano promedio con el riesgo jurídicamente permitido dentro de la teoría del delito para personas físicas, aspecto este que, determina la existencia del injusto por parte de la organización, la cual llega a tener un deber de garante frente a la sociedad en torno a la evitabilidad de estos riesgos (Gómez-Jara Díez, p. 121, citado por Pozo Torres 2018), por lo que se concluye que la capacidad de organización de la persona jurídica es el símil a la capacidad de obrar que tiene la persona física (Gómez-Jara Díez, p. 122, citado por Pozo Torres 2018).

Sobre la imputación subjetiva del injusto, se ha establecido que en las personas jurídicas esta figura hace referencia al conocimiento organizativo de los riesgos





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

derivados de la actividad empresarial (Gómez-Jara Díez, p. 123, citado por Pozo Torres 2018).

En relación a la culpabilidad de la organización y apoyada en el constructivismo, Gómez-Jara (Gómez-Jara Díez, p. 248, citado por Pozo Torres 2018) establece que hay tres equivalentes funcionales que llegan a conformar el concepto del buen ciudadano corporativo:

- a. La fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma;
- b. La igualdad objetiva entre las personas; y,
- c. La posibilidad de cuestionar, mediante un procedimiento conforme a Derecho la vigencia de la norma.

Con el antecedente del buen ciudadano corporativo y la naturaleza de la organización de reproducirse a sí mismos y empezar a desarrollar caracteres propios, encontramos en los sistemas de *compliance* los indicadores de apego al cumplimiento de la ley.

En torno al tema de la culpabilidad del empresario y la de la persona jurídica, recordemos que “la sola producción causal del hecho no genera responsabilidad penal, el empresario se encuentra protegido por el principio de culpabilidad cuando un empleado por imprudencia comente un acto típico” (Zavala Egas, 2014, pág. 60), tema relevante con el modelo de responsabilidad directo aquí detallado, ya que cada persona, la natural y la jurídica, responden por su propio accionar.

### **2.9 Sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador.**

Señalamos anteriormente el génesis de la figura en nuestra legislación con el COIP en 2014, sin embargo, al haber abordado las teorías de imputación en torno a este tema, cabe la pregunta ¿Cuál se aplica en Ecuador? En el presente apartado analizaremos los Arts. 49 y 50 únicamente desde una perspectiva semántica, dejando para el capítulo final el análisis concluyente en torno al sistema de imputación.

Partimos así analizando el Art. 49 del COIP el cual establece que la persona jurídica puede ser responsable por delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

delito perpetrado por una persona física, punto en el que se realiza una ejemplificativa enumeración en torno a qué personas físicas pueden ser consideradas dentro del supuesto, siendo estas:

- a. Quienes ejercen su propiedad o control,
- b. Sus órganos de gobierno o administración,
- c. Apoderadas o apoderados,
- d. Mandatarias o mandatarios,
- e. Representantes legales o convencionales,
- f. Agentes,
- g. Operadoras u operadores,
- h. Factores,
- i. Delegadas o delegados,
- j. Terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión,
- k. Ejecutivos principales,
- l. Quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y,
- m. En general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

De una primera revisión, podríamos creer que estamos ante un sistema de imputación vicarial, ya que se establecería la necesidad de una acción u omisión por parte de una persona física. Así, si proseguimos con el análisis del inciso segundo del Art. 49 y el Art. 50 del COIP establecen más bien lineamientos de un sistema de imputación directo o de autorresponsabilidad, cuestión que no podemos negar que se torna confusa, regulando que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad de la persona física, lo que estaría estableciendo un sistema diferenciado de imputación.

Adicionalmente, se debe considerar, que los hechos o circunstancias referentes a la responsabilidad de la persona física como son: agravantes, atenuantes, extinción de la acción, sobreseimiento, fallecimiento, etc., no afectaran la responsabilidad penal de la persona jurídica. En relación a actos societarios como la fusión, transformación, disolución o liquidación de la persona jurídica, se establece expresamente que tampoco



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

habrá extinción de responsabilidad penal de la organización, regulación que según Pozo Torres (Pozo Torres, 2018) resulta análoga y que para varios doctrinarios constituiría una responsabilidad por hecho ajeno, particular que analizaremos en el último capítulo de este trabajo a la luz de los principios consagrados en la constitución y el COIP.

Como conclusión, del análisis semántico no podemos llegar a concluir el sistema de imputación de responsabilidad penal de personas jurídicas en el COIP, por lo que se deberá hacer un análisis de los principios que recoge este cuerpo legal para poder llegar a una conclusión.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### CAPÍTULO III

#### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.**

En el capítulo final de este trabajo se analiza principalmente dos cuestiones: a) como se estableció la protección penal para los delitos contra la propiedad intelectual; y, b) el sistema de imputación penal de responsabilidad de personas jurídicas en el Ecuador.

##### **3.1 Conclusión sobre el artículo 208A del Código Orgánico Integral Penal COIP.**

Como se estudió en el primer capítulo, la autoridad legislativa ecuatoriana en el año 2006, consideró como penalmente relevantes, varias conductas que afectaban a bienes intangibles, considerados como propiedad intelectual de una persona.

A partir del año 2014 con la promulgación del COIP, el catálogo de conductas de este tipo se redujo a cero, para posteriormente ser reformadas en el año 2015, reforma que terminó protegiendo únicamente dos figuras: las marcas de productos y los derechos de autor; dejando fuera de las medidas de observancia penal a todas las otras figuras de la propiedad intelectual que analizamos en el primer capítulo de esta obra.

En torno al tema marcas, si se analiza el tipo penal del Art. 208A del COIP desde una óptica gramatical, podemos obtener las siguientes conclusiones:

- El sujeto activo del tipo penal no prevé ninguna característica o calificación previa, pudiendo definir acorde a que estaríamos ante un sujeto activo indeterminado.
- El bien jurídico protegido debe ser establecido considerando en primer lugar la característica mixta que tiene la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, la cual tiene un aspecto público considerando el interés general de su protección, y por el otro lado un aspecto privado considerando los derechos que se otorgan a los titulares. Vega señala que para determinar el bien jurídico “debemos ir al título al cual pertenece el tipo penal objeto de estudio”, determinando que el Art.208A se encuentra



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

comprendido dentro de los llamados delitos contra la propiedad. Si analizamos esta situación considerando los términos que se utilizan en el Art. 208A, podríamos concluir que no existe tutela penal por vulneración a los derechos morales de autor, únicamente existen medidas de observancia de índole penal sobre los derechos patrimoniales del derecho de autor ya que el artículo en sí hace referencia únicamente a los aspectos patrimoniales establecidos en el Art. 120 del Código Ingenios, sin hacer referencia alguna a los derechos morales que constan en el Art. 188 del mismo cuerpo legal.

En relación a las marcas, su protección está dada desde el punto de vista de la afcción económica que pueda causar al titular acorde a los derechos conferidos al titular del signo según el Art. 367 del Código Ingenios. Lo señalado termina siendo concluyente al analizar el cuarto inciso del artículo 208A del COIP que señala “Las disposiciones precedentes no se aplicarán a bienes o productos que no tengan un fin comercial”.

Como conclusión, el bien jurídico protegido en este tipo penal es el consagrado en el Art. 66.26 de la Constitución de la República, teniendo nuestra legislación únicamente una perspectiva de protección penal patrimonial de un bien jurídico individual, dejando de lado la protección moral o socioeconómica que se podría también tutelar.

- El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, que en el caso que nos ocupa si establece una limitación a aquellas personas naturales o jurídicas que ostenten la titularidad de un derecho de propiedad intelectual, aspecto que en el caso de las marcas es sencillo, pues se requiere un título otorgado por la autoridad competente que reconozca la titularidad; pero que en el caso de los derechos de autor por la naturaleza de su protección abre el espectro a toda persona que haya creado una obra susceptible de protección en los términos de la legislación pertinente.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cabe destacar el caso de protección a la marca notoria, que abordaremos puntualmente a continuación.

- El objeto sobre el cual recae la conducta serían productos en el caso de las marcas; y obras, en el caso de los derechos de autor. Cabe indicar que, en el caso de las obras protegidas bajo la figura de derechos de autor, la configuración de la conducta penalmente relevante puede darse ante obras físicas o también digitales, aspecto éste último que tal como analizamos en el primer capítulo de esta obra, ha ido ganando particular relevancia en los últimos años.
- El verbo rector de la conducta penalmente relevante en los casos de marcas de productos se encasilla únicamente como: fabricación y/o comercialización, la cual además debe ser realizada a escala comercial, es decir, cuando se persiga un fin de lucro y que éste supere los 142 Salarios Básicos Unificados, que para el año 2018 representaría US\$ 54.812. En el caso de derechos de autor, el verbo rector se encasilla únicamente en: produzca, reproduzca o comercialice, estableciendo también la consideración de escala comercial. Así, acorde a Vega nos encontramos ante un tipo penal con un verbo rector compuesto disyuntivo.
- Adicionalmente, el tipo penal del Art. 208A tiene tres circunstancias expresas dentro del tipo, que son: a) que el cumplimiento del verbo rector debe estar atado a una circunstancia de escala comercial; b) que la realización del verbo rector se realice sin la debida autorización del titular del derecho; c) que el valor de la mercadería supere los 142 Salarios Básicos Unificados.
- Finalmente, el elemento subjetivo del tipo penal es doloso, pues acorde a lo señalado por Vega, “un tipo penal es doloso o exigirá el dolo cuando de manera expresa no diga culpa o preterintención”.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El tipo penal del Art. 208A hace referencia a una conducta en la que se reproduzca una marca idéntica o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales. Al respecto, el Art. 367 del Código Ingenios establece como un derecho del titular del registro de marca, impedir que terceras personas usen un signo idéntico o semejante. Con este contraste normativo, podemos concluir que el hecho de comercializar una marca semejante a la legalmente registrada podría constituir una infracción administrativa, pero no caería indefectiblemente dentro del tipo penal estudiado, sino, que la similitud debe impedir distinguir los aspectos esenciales de la marca. Cabe entonces la pregunta: ¿Qué son los aspectos esenciales de la marca? Al respecto el autor Nava Negrete estudió seis funciones de una marca, siendo estas: a) la función de procedencia, b) función de garantía de calidad, c) la función de “colector de clientela”, d) la función de protección, e) la función económica o publicitaria de la marca, f) la función distintiva; concluyendo el autor que esta última función, la distintiva, es la más importante y por ende, la esencial de una marca, particular que está en armonía con la descripción de lo que en la legislación ecuatoriana entenderíamos por marca que consta en el Art. 359 del Código Ingenios.

En este sentido, creo que la terminología de “distinguirse en sus aspectos esenciales” es prudente desde el punto de vista penal, para que una simple semejanza no pueda ser considerada como una conducta penalmente relevante, sino que se eleve el estándar del nivel de confusión apuntando hacia una verdadera afección al aspecto distintivo del signo; particular que queda totalmente aclarado con el último inciso del artículo que señala: “No constituye delito la fabricación o comercialización de mercancías imitadas que tengan una marca con características propias que no conlleven a una confusión con la marca original, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar”.

En relación a la vertiente de protección penal únicamente de los aspectos patrimoniales de la marca y los derechos de autor, debemos notar sin embargo el estrecho vínculo que conecta a los derechos morales y patrimoniales del autor, considerando que si existe además de una afección patrimonial que abriría la puerta a una medida de observancia penal, una afección moral, acorde a los principios de reparación integral establecidos en el Art. 78 de la Constitución de la República y los Arts. 11.2, 77 y principalmente el Art. 78.3 del COIP, que reconocen la necesidad de reparación incluso en los casos de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

daños inmateriales que han sido consecuencia de una infracción penal, el autor ofendido en sus derechos morales constantes en el Art. 118 del Código Ingenios, podría solicitar en la vía penal una reparación integral sobre éstos.

Finalmente, en torno al bien jurídico protegido debemos dejar en claro que no existirá conducta penalmente relevante cuando ésta afecte únicamente a los derechos morales del autor, o cuándo los productos o las obras objeto del delito, tengan un valor inferior a los 142 Salarios Básicos Unificados.

Es menester analizar además el caso de las marcas notorias, que según el Art. 208A estarían investidas de protección penal cuando su titular demuestre el derecho que le corresponde. Al respecto el Comité de Expertos para la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas , estableció que una marca llega a ser considerada como notoria en base a dos aspectos: a) cuantitativo, relacionado al conocimiento de la marca entre el público del país en el que se solicita su protección; b) cualitativo, referente al valor financiero de la marca en relación a sus costos de creación, inversión en publicidad, valor de la marca en el mercado como activo intangible de una empresa y los ingresos que ésta puede generar.

El Código Ingenios a partir del Art. 459 y siguientes aborda el tema de la marca notoria, y señala que: “Se entenderá por signo distintivo notoriamente conocido el que fuere reconocido como tal en el país o en cualquier país miembro del Convenio de París, ADPIC, o con el que el Ecuador mantenga tratados en materia de propiedad industrial por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido”, estableciendo en el Art. 460 del Código Ingenios once factores para determinar la notoriedad o no, los cuales están en consonancia con lo establecido por el Comité de Expertos para la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas .

Cabe ahora la pregunta: ¿y la protección de las demás instituciones de la propiedad intelectual? Cómo habíamos señalado previamente, quedan fuera de la medida de observancia penal:





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a. Derechos morales de autor,
- b. Derechos conexos,
- c. Patentes,
- d. Modelos de utilidad,
- e. Diseños industriales,
- f. Marcas de servicios,
- g. Nombres comerciales,
- h. Lemas comerciales.
- i. Indicaciones geográficas,
- j. Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados,
- k. Obtenciones vegetales,
- l. Saberes ancestrales.

Si analizamos los considerandos de la reforma al COIP del año 2015 con la que se introdujo el tipo penal del Art. 208A, encontramos dentro de los considerandos disposiciones del Acuerdo de los ADPICs, la Decisión 486 “Régimen común sobre propiedad industrial” de la Comisión de la Comunidad Andina y la Decisión 351 “Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos”, siendo el considerando más preciso, el contenido en el Art. 61 del Acuerdo de los ADPICs, que señala:

“Art. 61.- Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.”

Con estos antecedentes, la primera impresión que la reforma al COIP del 2015 nos deja es que el órgano legislativo ecuatoriano cumplió con el estándar mínimo que las obligaciones internacionalmente pactadas le obligaban, sin embargo, el hecho de imponer una circunstancia especial al tipo penal, esta es, que la mercadería debe tener un valor superior a 142 Salarios Básicos Unificados y que la pena a estas infracciones no contemple la posibilidad de prisión, la regulación ecuatoriana en materia de delitos contra la propiedad intelectual, no cumple a mi criterio, ni siquiera el estándar mínimo establecido por el Acuerdo sobre los ADPICs en relación al tema.

En relación a este tema, resultan curiosas las noticias como la de la BBC en su portal web, en la que hace referencia a la “lista negra de la piratería” creada por un organismo gubernamental estadounidense en la que se incluyen a aquellos países cuyos esfuerzos de protección de la propiedad intelectual no se consideran adecuados a criterios del gobierno estadounidense, es así, que la referida noticia relata que Ecuador estuvo en esta lista durante el año 2015 y logró salir gracias a las reformas penales del mismo año, señala la noticia.

Debemos destacar además que la parte final del Art. 61 del Acuerdo de los ADPICs establece que se podrán prever medidas de observancia de carácter penal en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial. Si analizamos las estadísticas del SENADI en torno a solicitudes de registros en Ecuador durante el año 2017, podemos observar que el registro de marcas de productos es mucho más amplio que el registro de marcas de servicios, en una proporción casi de dos a uno.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por otro lado, las estadísticas de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y obtenciones vegetales son ínfimas en comparación a los signos distintivos, por lo que podemos colegir que los tratados internacionales, conscientes de este fenómeno, de antemano establecieron la obligación de tutela penal a la figura que más uso tiene, en este caso, las marcas de productos.

En relación con los derechos de autor, si bien en el año 2017 se solicitó el registro de apenas 3.728 obras, debemos recordar que este no es un requisito de protección, a tal punto que el propio Art. 208A en su tercer inciso establece que la protección de derechos de autor podrá ser sobre obras registradas o no, regulación que se encuentra en consonancia con la regulación legislativa nacional, así como con los tratados internacionales sobre el tema.

Como análisis final, podemos concluir que el legislativo ecuatoriano en torno al delito contra la propiedad intelectual cumplió menos de lo establecido en sus compromisos internacionales, sin que haya habido un análisis estadístico o de impacto social a la figura implementada, pareciendo que se realizó la inclusión únicamente para salir de la “lista negra de la piratería” del gobierno estadounidense, sin embargo, se incluyó la posibilidad de responsabilizar a una persona jurídica por este delito, tema que abordaremos a continuación.

### **3.2 Conclusión sobre el sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador.**

Así como en el primer capítulo el Spotify o Netflix son la novedad a tratar en materia de propiedad intelectual, en el ámbito penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica podría considerarse como “uno de los temas más importantes de la última década del Derecho penal”

Del análisis semántico o gramatical de los Arts. 49 y 50 del COIP terminamos con más dudas que certezas en torno al sistema de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica en el Ecuador, por lo que tendremos que pasar a hacer un análisis desde la óptica de los principios.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Iniciemos considerando el Art. 76.3 que consagra el principio de legalidad, así como la referencia a un derecho penal del acto, principio que se encuentra en concordancia con el Art. 5.1 del COIP. En este sentido, además, debemos destacar el Art. 22 del COIP que regula las conductas penalmente relevantes, haciendo referencia a acciones u omisiones que pongan en peligro o lesiones bienes jurídicos tutelados, esto en consonancia con el Art. 29 del mismo cuerpo legal. Si avanzamos con el análisis, toma vital importancia el Art. 54 del COIP, el cual establece la obligación de personalizar las penas a cada persona, sea esta natural o jurídica.

Así, de la revisión del Art. 76 de la Constitución y de los Arts. 5.1, 22, 29 y 54 del COIP, podemos inferir que el sistema penal ecuatoriano se encamina hacia un sistema finalista de derecho penal del acto, en el que cada persona es responsable de su propio accionar, premisa que resulta fundamental para concluir que el sistema de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica en el Ecuador tiene que ser el directo o de autorresponsabilidad, ya que un sistema vicarial iría en contra de los mentados principios.

Podría decirse que regulaciones como las establecidas en los Arts. 377 y 380 del COIP en torno a la responsabilidad solidaria de propietarios de vehículos u operadores de transporte en casos de accidentes de tránsito serían un menoscabo a los principios previamente citados, sin embargo, debemos recordar que esta solidaridad es meramente civil, no existe un solo tipo penal en el COIP que insinúe una transferencia de responsabilidad de una persona a otra.

Este criterio se ve reforzado con lo establecido en el Art. 50 del COIP el cual permite evitar el tradicional problema de la irresponsabilidad organizada, puesto que se entendería que en caso de no haber concurrencia de responsabilidad con una persona física, no se podría dejar de perseguir el delito cometido por la persona jurídica, regulación que refuerza aún más la teoría de que nos encontramos ante un sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas, sin embargo, no podemos dejar de lado el primer inciso del Art. 49 del COIP referente al actuar de la persona física, aspecto en el que coincidimos con Gómez-Jara (p. 129, obra citada por Pozo Torres 2018) al



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

concluir que el accionar de la persona natural puede ser un presupuesto para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero jamás el fundamento de ésta.

### **3.3 Conclusión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito contra la propiedad intelectual.**

Conjugando los temas abordados en la presente obra, es prudente pasar a analizar las circunstancias en las que una persona jurídica sería penalmente responsable del delito contra la propiedad intelectual, análisis que lo realizamos de la siguiente manera:

- El injusto objetivo de la persona jurídica estaría encasillada dentro de los defectos de organización, particular que no constituiría un presupuesto de responsabilidad, pues estaríamos cayendo en el campo del derecho penal del autor, sino más bien de la omisión que en su deber de garante en torno a los riesgos que se han creado, ya que la persona jurídica es también destinataria de la norma instructiva.

Para concretar el injusto objetivo será necesario acudir a los enunciados de la imputación objetiva, en base al cual se evitaría que la persona jurídica sea responsable por infracciones no previsibles o inevitables, aspecto en el que toma vital relevancia el sistema de *compliance*, pues, como señala Vásquez, la persona jurídica ante ciertas situaciones tiene diferentes opciones para actuar, y es precisamente este el fundamento de poder exigir por parte del Estado una conducta determinada.

Enfocándonos en el delito contra la propiedad intelectual, el sistema de *compliance* o de cumplimiento corporativo es prácticamente un mandato para empresas que comercializan productos u obras protegidas por derechos de autor, debiendo encaminarse el programa de cumplimiento corporativo a dos aspectos fundamentales:

1. El registro u obtención de licencia de uso de las marcas de todos los productos que fabrique o comercialice la organización.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

2. El depósito u obtención de la respectiva licencia de explotación de todas las obras que se produzcan, reproduzcan o comercialicen por la organización.

El supuesto en que, la organización no tenga un sistema administrativo de constatación de los dos aspectos previamente señalados y que se perpetre una infracción contra la propiedad intelectual detallada en el Art. 208A del COIP, se podría establecer el elemento objetivo del tipo en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que, en una sociedad de riesgo, el Estado esperaba una conducta proactiva de la persona jurídica para evitar la consumación del delito.

- En relación al injusto subjetivo, como habíamos señalado previamente, el elemento subjetivo del tipo en el delito contra la propiedad intelectual es eminentemente doloso, concepto que en las personas físicas juega con las nociones conciencia y voluntad, pero que obviamente no puede tener igual tratamiento en las personas jurídicas, por lo que Vásquez y Gómez-Jara (p. 149, citado por Pozo Torres 2018) concluyen que el dolo se materializa en relación a la información que tiene la persona jurídica de determinado riesgo, el cual es subjetivamente imputado según los indicios que se puedan establecer. Al respecto, Vásquez añade que en “las personas jurídicas no es el caso plantear exigibilidad de una determinada conciencia o la internalización de valores, pues ello es propio de las personas físicas y no predicable respecto a las personas jurídicas”.

Así, en el caso del delito contra la propiedad intelectual, el elemento subjetivo del tipo se configuraría con la información que tenga la organización en torno a los riesgos de estar comercializando productos u obras sin las previsiones jurídicas respectivas en torno a registros o contratos de licencia de uso, constituyéndose decisivos los indicios que se puedan tener como pruebas en torno al conocimiento organizativo con el que se podía evitar la consumación de la infracción (Gómez-Jara, p. 145-152, citado por Pozo Torres 2018).



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- En torno a la culpabilidad de la organización, ya no discutimos según Pozo Torres los defectos de la organización, sino más bien, su cultura empresarial en torno al cumplimiento y fidelidad a la normativa jurídica, constituyendo así el concepto del buen ciudadano corporativo abordado en el segundo capítulo de esta obra.

En este sentido, “la culpabilidad propia jurídico-penal de la organización consiste en no haber implementado una cultura de cumplimiento con la legalidad” , criterio compartido por García , punto en el que nuevamente el programa de *compliance* adquiere particular relevancia, pues en el delito que estamos estudiando, la protección de los secretos industriales, la inclusión de cláusulas de confidencialidad en los contratos con proveedores y empleados, los contratos de licencias de propiedad intelectual, el registro no solo de obras y marcas de productos, sino, además de nombres comerciales, lemas comerciales, apariencias distintivas, e incluso, aunque creo que puede ser tomado como una prueba fundamental, el pago a las sociedades de gestión colectiva, constituyen pruebas para la organización en torno a la fidelidad al derecho en materia de propiedad intelectual.

Finalmente, en relación al tan nombrado sistema de *compliance*, creo que podemos considerarlo desde dos ópticas: a) la creación de una oficina de la Fiscalía General del Estado en cada empresa; o, b) el sistema de valores que enseñamos a los niños en casa. Personalmente me decanto por la segunda apreciación, pues como analizamos en relación a la culpabilidad de la persona jurídica, las muestras de su fidelidad al derecho no son importantes para evitar un proceso penal en su contra, sino, para colaborar en una sociedad mejor.

### **3.4 Propuesta en torno a las medidas cautelares en delitos cometidos por personas jurídicas en Ecuador.**

Cuando el Doctor Teodoro Verdugo en las clases de la maestría de Derecho Penal nos motivaba a subirnos en hombros de gigantes, rescaté siempre la importancia que debe tener una obra en relación al aporte adicional que pueda dar al estado actual del tema que se está analizando, esperando que este último acápite sea efectivamente ese aporte,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

punto en el que debo resaltar la obra de Pozo Torres quien propone para la legislación ecuatoriana tres reformas a futuro: a) regulación legal de los sistemas de *compliance*, b) implementar un sistema de atenuantes y agravantes para la persona jurídica, y, c) incluir causa de exclusión de culpabilidad penal para la persona jurídica.

Como abogado que mantiene estrecha cercanía al sector empresarial y que en el día a día estoy en contacto con normativa de instituciones como el Registro Mercantil o la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, hay dos asuntos que me llamaron principalmente la atención al realizar esta obra: el mal uso de los términos empresa, compañía y organización, y, el Art. 50 del COIP.

Sobre los términos empresa, compañía y organización, no recuerdo una sola obra que los haya definido previamente y que, a más de ello, haya utilizado de manera correcta estos términos. Creo que debemos empezar señalando que una empresa es todo capital destinado a solucionar un problema en la sociedad y tener un rédito económico a cambio, pudiendo estar estructurada esa empresa de tres formas: a) como persona natural, b) como sociedad de hecho, o, c) como compañía. El término organización hace referencia a la unión de dos o más personas con un objetivo en común, por lo que este podría ser el término más genérico dentro del análisis que hagamos de las personas jurídicas, sin embargo, la utilización de los términos empresa y compañía no son del todo precisos cuando hablamos de manera general de personas jurídicas, ya que si bien, una persona jurídica puede ser una compañía de responsabilidad limitada, también puede ser una organización civil sin fines de lucro o una cooperativa de ahorro y crédito; particular que detallamos claramente en el segundo capítulo de esta obra. Así mismo, el término empresa tampoco engloba a todas las personas jurídicas que pueden ser penalmente responsables en Ecuador acorde al Art. 49 del COIP, por lo que su uso generalizado es impreciso.

Analizando el segundo tema, debo empezar citando textualmente el Art. 50 del COIP:

Art. 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

Si bien este artículo resulta un apoyo normativo para inferir el modelo de imputación directo o de autorresponsabilidad en los delitos de personas jurídicas, la gran preocupación que me causó fue al leer el último inciso sobre la fusión, transformación, escisión, disolución o liquidación de personas jurídicas. Quienes hemos realizado estos trámites más o menos complejos, conocemos la naturaleza jurídica de las figuras, las cuales al ser analizadas bajo la lupa de los principios del derecho penal moderno y el derecho penal del acto, constituirían una regresión jurídica que ya no podríamos interpretar ni arreglar con principios. Así, propongo los siguientes problemas:

- Una compañía sociedad anónima con un proceso judicial penal en su contra se fusiona con otra, creando una nueva persona jurídica, con un nuevo Registro Único de Contribuyentes, nuevos estatutos y si desea, una nueva sede social. ¿Responsabilizar penalmente a esta persona jurídica producto de la fusión sería correcto en un sistema de derecho penal del acto?
- Una organización social sin fines de lucro se liquida y estaba siendo investigada por el delito tipificado en el Art. 208A que tanto hemos hablado y se disuelve y liquida durante la investigación, ¿Cómo multo y extingo algo que no existe?

La redacción del último inciso del Art. 50 del COIP en realidad va a traer más dolores de cabeza que soluciones cuando un juez tenga que aplicarlos, por lo que presento la siguiente propuesta legal que estaría en consonancia con los principios del derecho penal moderno y eliminaría cualquier problema práctico en torno al modelo de imputación directo de responsabilidad penal de la persona jurídica. En primer lugar, cambiaría la redacción del último inciso del Art. 50 del COIP por el siguiente:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cuando una persona jurídica cuya responsabilidad penal ha sido declarada, se haya previamente a la sentencia ejecutoriada fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley, se dejará sin efecto cualquiera de estas modalidades y sus actos subsiguientes, siendo el representante legal que ejerció dichas actividades solidariamente responsable por los perjuicios civiles causados a terceros.

Esta solución que me parece apropiada requiere además una institución de carácter cautelar que coadyuvará a evitar el uso fraudulento de estas modalidades, por lo que propongo la inclusión de quinta una medida cautelar en el Art. 549 del COIP que diga:

5. La prohibición de ejecutar modalidades de fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación o cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

Esta quinta medida cautelar deberá inscribirse en el Registro Mercantil cuando se trate de compañías, en el registro de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria cuando se trate de personas jurídicas de este sector, y en el registro del Ministerio del ramo cuando se trate de corporaciones o fundaciones. El único cabo suelto que permanece es el de la responsabilidad penal de las sociedades de hecho por el delito de defraudación tributaria tipificado en el Art. 298 del COIP, sin embargo, creo que este será un tema interesante para una próxima obra.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Granda, P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Araujo, P. (2014). *La Nueva Teoría del Delito Económico y Empresarial en Ecuador: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arias, F. (2012). *Estudios de Propiedad Intelectual*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- BBC. (12 de Noviembre de 2018). *BBC*. Obtenido de [www.bbc.com](http://www.bbc.com): [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160428\\_america\\_latina\\_reporte\\_lista\\_negra\\_pirateria\\_2016\\_ap](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160428_america_latina_reporte_lista_negra_pirateria_2016_ap)
- Carnevali Rodríguez, R. (2010). La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular a la responsabilidad de peronas jurídicas y la confiscación. *Revista Ius et Praxis*, 273-330.
- Cevallos, V. (2016). *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cofré, J. (2008). LA IDEA DE PERSONA MORAL Y JURÍDICA EN EL REALISMO METAFÍSICO. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 9-31.
- Comité de Expertos para la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas. (2000). Recomendación conjunta en torno a la definición de marca notoriamente conocida. *Lois et Traités de Propriété Industrielle*, 11-16.
- Costa, J. (2007). El lado huamano de la empresa. *Signo y pensamiento*, 11-12.
- Cuesta Arzamendi, J. L., & Pérez Machío, A. I. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. (M. d. Innovación, Ed.)
- Ferrajoli, L. (2015). *Derechos fundamentales y garantismo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Galán Corona, E. (2007). Comentario al art. 3 de la Ley de Propiedad Intelectual. En B. Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

- García Pablos de Molina, A. (2014). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, P. (2017). *Criminal Compliance*. Breña: Pacífico Editores S.A.C.
- Gómez Rivero, M. d. (2012). *Los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gómez-Jara, C. (2010). ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Política Criminal*, 455-475.
- Gómez-Jara, C. (2010). El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial: un resumen. *Revista de Doutrina da 4ª Região*.
- Hernández, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En C. d. Chile, *Chile en el club de los países desarrollados: oportunidades y desafíos del ingreso a la OCDE*.
- Jarrín, G., Altamirano, M., Balseca, J., Heredia, A., & Aguirre, C. (junio de 2018). *Saberes ancestrales y agroecología, contribuciones para el desarrollo sostenible*. Obtenido de Revista Caribeña de Ciencias Sociales: [//www.eumed.net/rev/caribe/2018/06/contribuciones-desarrollo-sostenible.html](http://www.eumed.net/rev/caribe/2018/06/contribuciones-desarrollo-sostenible.html)
- Jiménez de Asúa, L. (1956). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Massager Fuentes, J. (12 de febrero de 2012). Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales. *Diario La Ley*.
- Miró Linares, F. (2013). La teoría del delito en relación al Derecho penal económico. IAEU.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2013). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Nava Negrete, J. (2012). *Tratado sobre Derecho de Marcas*. México DF: Porrúa.
- Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales. (2011). *Informes primer semestre del año 2011*.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios Básicos de la Propiedad Industrial*. Recuperado el 7 de julio de 2018, de Organización



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Mundial de la Propiedad Intelectual:  
[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_895\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf)

Otero, J. M., Fernández-Nóvoa, C., & Botana, M. (2009). *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid: Marcial Pons.

Pozo Torres, J. F. (2018). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid.

Rodríguez, L. (2012). *Tutela Penal de la Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo blanch.

Roxin, C. (2014). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.

Sánchez Bernal, J. (2012). Responsabilidad penales de las personas jurídicas. 121-156.

Sánchez Silva, J.-M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. En J.-M. Sánchez Silva, & R. Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona, España: Atelier.

Silva Sánchez, J.-M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídica en derecho español. En J.-M. Silva Sánchez, & R. M., *Criminalidad de Empresa y Compliance* (págs. 15-42). Barcelona: Atelier.

Sutherland, E. (2009). *El Delito de Cuello Blanco*. Buenos Aires: BFD.

Ulrich, B. (1998). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: PAIDÓS.

Vásquez, F. (2016). *Punto de inflexión de la imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, 53-71.

Zavala Egas, j. (2014). *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano*. Samborondón: Universidad Espíritu Santo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **PRINCIPAL NORMATIVA CITADA**

Código Orgánico Integral Penal COIP (10 de agosto de 2014).

Comunidad Andina de Naciones. (2000). Decisión 486 sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina. *Tratado Internacional*.

Consejo de Europa. (1963). Convenio sobre la unificación de ciertos elementos del Derecho de patentes de invención .

Ecuador, A. C. (2008). Constitución de la República.

Ecuador, A. N. (2014). Código Orgánico Integral Penal.

Ecuador, A. N. (2016). Código de la Economía Social del Conocimiento.

Ecuador, C. N. (2005). Código Civil.

Ecuador, C. N. (2006). Ley de Propiedad Intelectual.

Organización Mundial del Comercio. (1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.