

SECCIÓN ALEGATOS

ALEGATO

Autor:

Dr. Antonio Pazmiño Ycaza, Director Regional 1,
Procuraduría General del Estado

SEÑOR JUEZ DÉCIMO DE GARANTÍAS PENALES. PARA EL
PRESENTE CASO, SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL.

DR. ANTONIO PAZMIÑO YCAZA, Director Regional 1 de la
Procuraduría General del Estado, dentro de la acción de protección
identificada con el número 0071-2011, propuesta por Elena Omaira
Moscoso Pezo como presidenta de la Asociación Ecuatoriana de Comer-
ciantes y Distribuidores de Productos Audiovisuales (ASECOPAC), a
usted presente el siguiente alegato:

I.- DEL OBJETO Y DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR:

Para entender mejor al Derecho de Autor, considero pertinente
distinguir el objeto y el contenido.

El objeto, es la obra en sí. Respecto de lo cual es importante indicar
que obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la
Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual¹ es:

“...toda creación intelectual original, susceptible de ser
divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida
o por conocerse...”

¹ Registro Oficial No. 426, del 28 de diciembre de 2006.

Similar disposición hay en el artículo 3 de la Decisión 351² indicando que obra es:

“...toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma...”

Entre las obras protegidas están por supuesto, las obras cinematográficas o audiovisuales tal como en forma expresa el artículo 8 literal e) de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, al decir que:

“...las obras protegidas comprenden, entre otras:

e) las obras cinematográficas y cualesquiera obras audiovisuales³.

Por otra parte, obra audiovisual de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual es:

“...toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser demostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contenga...”

Con esto queda claro también, que las películas en cualquier formato son pues obras audiovisuales.

Cuando nos referimos al contenido del Derecho de Autor, estamos más bien hablando, de los derechos que tiene el autor, ya no solo de crear, sino de proteger su obra, de cualquier manipulación de terceros, para lo cual el legislador nacional e internacional, ha establecido que existen dos tipos de derechos que tiene un autor: por un lado los morales y por otro los patrimoniales.

² Registro Oficial No. 366, del 25 de enero de 1994

³ Todo subrayado o resaltado en textos de terceros es mío.

Sobre esto Delia Lipszyc nos indica al referirse al contenido del Derecho de Autor que:

“... Está integrado por facultades exclusivas que conforman el contenido de la materia: las personales –que componen el derecho moral- permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y las pecuniarias –posibilitan que el autor efectúe la explotación económica de su obra o, como es lo habitual, que autorice a otros a realizarla y participe en ella...”⁴

Uno de estos derechos es el de reproducción. En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual la reproducción consiste en:

“...la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella...”

Por su parte, el artículo 14 de la Decisión 351 establece que reproducción es:

“...la fijación de la obra de un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella por cualquier medio o procedimiento...”

Otro, en adición al de reproducción, es el de distribución, el mismo que de conformidad con el artículo 23 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual es:

“...Por el derecho de distribución el titular de los derechos de autor tiene la facultad de poner a dis-

⁴ LIPSYC, Delia; “DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”; Editorial Zavalia; página 152.

posición de público el original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento, préstamo público o cualquier otra forma...”

Esto es, legislación e internacional, debidamente ratificada por el Ecuador, hace especial referencia al concepto de reproducción y distribución, así como, a que estos son derechos exclusivos y que solo pueden ser autorizados por el autor o el titular de los mismos.

Y, este derecho, el de reproducción, puede tener diferentes aristas, sea que nos refiramos al objeto reproducido como al modo de reproducción, tal como lo indica Delia Lipzyc, cuando dice:

“...en cuanto al objeto reproducido puede tratarse de manuscritos –de obras literarias, científicas, teatrales, musicales-, programas de ordenador, dibujos, ilustraciones y fotografías y también de interpretaciones de obras, de registros fonográficos y magnéticos, de obras audiovisuales, etc... en cuanto al modo de reproducción, es también múltiple: impresión, dibujo, grabado, fotografía, moldeado, fotocopiado, microfilmación y cualquier procedimiento de las artes gráficas y plásticas, de la grabación mecánica, cinematográfica y magnética, que permita comunicar la obra de una manera indirecta, es decir, a través de una copia de la obra en la que se corporiza la reproducción...”⁵

Hasta ahí tenemos claro los conceptos de reproducción y distribución.

II.- DE LA OBSERVANCIA Y DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR:

De su parte, el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual indica que:

⁵ LIPSZYC, Delia; “DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”; Editorial Zavalia; página 180.

“...el autor de una obra goza del derecho exclusivo de explotar en cualquier forma y de obtener por ello beneficios, salvo las limitaciones establecidas en el presente libro...”

Limitaciones, entre las cuales, por supuesto, no está ninguna que le dé derechos a quien o quienes serían los accionantes en la presente acción constitucional. Similar disposición hay en el artículo 13 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina que dice que:

“...el autor o, en su caso, derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento

c) la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler...”

E, igualmente, el artículo 9.1 del Convenio de Berna⁶ indica que:

“...los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma...”

En adición, el Convenio de Berna, en su artículo 16 establece:

“...Toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal...”

Otra norma, de rango supranacional, como lo es el ADPIC⁷ Acuerdo sobre los Aspectos de de los Derechos de Propiedad Intelectual Rela-

⁶ Registro Oficial No. 844, del 2 de enero de 1992.

⁷ Registro Oficial Suplemento No. 977, del 28 de junio de 1996.

cionados en el Comercio, acuerdo suscrito dentro del marco de la Organización de Comercio OMC, también hace referencia en su artículo 9.1 que los miembros de este acuerdo deben observar los artículos 1 al 21 del Convenio, esto son, los que hacen referencia a la protección de las obras.

En el mismo orden, igualmente, el artículo 20 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual indica que:

“... la explotación de la obra por cualquier forma y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones previstas en esta ley...”

Igualmente, el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor⁸, en su artículo 6 indica:

“... Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de su propiedad...”

Como usted podrá apreciar, Señor Juez, el mismo artículo 20 hace referencia a las diferentes formas de explotación que pueden haber, tales como la comunicación pública, la importación, la traducción e importación y, para el caso que nos interesa, la reproducción y la distribución pública de ejemplares.

La accionante en su demanda indica que

“... los distribuidores en ciertas compras entregan facturas, por lo cual en los niveles de causación presuimos que se pagaron derechos autorales, constituyéndose en compradores de buena fe, además cumpliendo nuestras obligaciones tributarias, y sin ningún accionar doloso...”

⁸ Registro Oficial No. 711, del 25 de noviembre de 2002

Pero, no es así Señor Juez, al delito en Propiedad Intelectual que cometen a quienes representa la accionante, debemos aumentar otro ya de orden tributario, porque en la forma en cómo detalla su relato, parece que le da igual si compra o no con factura. Por ejemplo, al no comprar con factura, el Estado pierde la oportunidad de recaudar por ejemplo impuesto al valor agregado e impuesto a la renta. Y, tampoco es que si no es dolosa la acción, no tiene consecuencias, por ejemplo en el caso Disney Enterprises Inc vs Casa China E.I.R.L. resuelto por la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI en resolución 0206-2007/TPI-INDECOPI dijo:

“...La denunciada señaló que actuó de buena fe, puesto que desconocía que los productos importados reproducían personajes protegidos por el Derecho de Autor y los derechos conexos. Al respecto, conviene precisar que, en el ámbito administrativo, no es necesario que la conducta de la denunciada sea dolosa para que se configure la comisión de una infracción.... Sólo basta que se verifique la comisión de la infracción...”

Por otra parte, la accionante, entre otras cosas dice:

“...el derecho de distribución mediante venta se agota con la primera y, únicamente respecto de las sucesivas reventas dentro del país, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo para autorizar, o prohibir el arrendamiento y préstamo público de los ejemplares vendidos...”

Definitivamente, el texto del artículo 23 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, significa algo muy distinto de lo que quiere indicar la accionante:

Primero, que para que se dé el agotamiento sobre la primera venta, debe tratarse de un ejemplar original⁹ de la obra, así por ejemplo, si yo adquiero el original de un libro u obra audiovisual (película) nadie puede prohibir que en el comercio se den sucesivas ventas de ese ejemplar origi-

⁹ O copias, pero autorizadas por el titular de derecho, ver artículo 23 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual.

nal, excepto en el caso de las obras importadas, pues ahí sí se requiere la autorización del autor. La accionante y a quienes representa no venden películas originales ni copias autorizadas. Y, así fueran originales o copias autorizadas, si son importadas, tampoco las podrían comercializar, si no existe la autorización expresa del titular de Derecho de Autor.

Segundo, que a pesar de que pueda haber agotamiento por venta de un original, el autor mantiene intacto su derecho de autorizar cualquier forma de explotación de la obra.

En este punto, es importante recordar, que los derechos de explotación son autónomos entre uno y otro y no porque se autorice uno se entiende autorizado otro, por ejemplo, aquí no aplica ese principio de que quien puede lo más, puede lo menos. No, por ejemplo, quien tiene derecho a vender que podría ser lo más tiene derecho a alquilar, que podría ser lo menos. De hecho, el artículo 45 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual indica que:

“...las diversas formas de explotación de una obra son independientes entre sí y, en tal virtud, los contratos se entenderán circunscritos a la forma de explotación expresamente contemplada y al ámbito territorial establecido en el contrato...”

Esto lo dice incluso la Carta del Derecho de Autor cuando indica:

“...los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilidades económicas de sus obras, tales como la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública, la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros solo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor...”

Quizás, la única excepción, se da en la cesión del derecho de reproducción cuando éste también implique el de distribución cuando de

la naturaleza del contrato se vea que es indispensable para cumplir con su finalidad.¹⁰

Otro argumento de la accionante o de sus representados sería el de que se encuentran en estado de necesidad y se está vulnerando su derecho al trabajo. Pero, así como, para que puedan vender obras audiovisuales sin tener problemas legales, deben vender películas originales o copias autorizadas, pues también, el hecho de que necesiten trabajar no les da derecho a ejercer una actividad ilegal, esto ya lo ha dicho el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, la 14 Cámara Criminal, en el caso 10004543400 del 9 de noviembre de 2006 cuando indicó:

“...El alegato del estado de necesidad fue descartado por la sentencia recurrida. Por otra parte, no se puede reconocer en el caso de autos la no exigibilidad de otra conducta en virtud de la condición de desempleado del reo, pues tal condición no autoriza la práctica de conductas ilícitas...”

Esto no es como lo indicó la accionante, un estado de necesidad, la accionante y a quien ella representa realizan esta actividad para obtener ventaja, la de vender películas a precios irrisorios. Para que aplique el estado de necesidad, como lo indica Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Manual de Derecho Penal, Parte General:

“...debe haber un peligro para un bien jurídico....El Código opta por limitar el material salvable atendiendo a la gravedad del mal y no a los bienes jurídicos en particular, por lo cual establece que el mal debe ser grave, porque resultaría irracional exculpar injustos contra inocentes para evitar males menores aunque no sean insignificantes...”

Zaffaroni en su obra comenta tres casos de estado de necesidad como son La Tabla de Carneades cuando un naufrago le quita a otro la balsa para flotar, y la misma que aguanta solo el peso de una persona; el

¹⁰ Un ejemplo podría ser el caso de las editoriales, ellas reproducen un libro de nuestra autoría y a lo mejor podrían también ellas encargarse de la distribución de los mismos.

caso Mignonette, que fue juzgado en Inglaterra en el siglo XIX, cuando un grupo de náufragos dieron muerte a un grumete para alimentarse; o, el incendio en el Bazar Caridad de París, en que se empujó a personas para conseguir alejarse del fuego. Sobre esto otro respetable tratadista como es Fontan Balestra en su obra Tratado de Derecho Penal, tomo II nos indica:

“...El derecho de necesidad resulta siempre de una situación de necesidad, pero esta última, para erigirse en derecho, debe reunir determinados requisitos. En otras palabras: una situación de necesidad es siempre el fundamento, pero no todas las situaciones de necesidad confieren ese derecho, que es el único que justifica...”

III.- INEFICACIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POTESTADES REGLADAS Y EXISTENCIA DE OTRA VÍA

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en base a una atribución legal, constante en el artículo 333 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, ha iniciado algunas tutelas de oficio, con el objeto de terminar con el negocio ilegal de venta de obras audiovisuales (películas) que han sido reproducidas y luego comercializadas sin contar con la autorización de los autores o de los titulares de los derechos patrimoniales de reproducción o distribución pública de dichas obras. Por lo tanto, mal puede iniciarse una acción de protección, para la defensa de una actividad ilícita, menos, insisto, en todo caso lo que hace el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es actuar conforme a derecho y en base a una disposición reglada. Y, en este punto, es fundamental algo. La actora ha indicado que se han violado derechos fundamentales como al debido proceso, al honor, a la seguridad jurídica y al principio de igualdad. Pero, en todo caso, es la accionante quien ha violado derechos fundamentales de los autores de las obras audiovisuales.

No porque la Constitución establezca el derecho al trabajo podemos ejercer actividad ilícita alguna. Con ese argumento, para ejercer el derecho al trabajo podríamos por ejemplo vender cosas robadas (cochinerías);

o, por ejemplo, porque tenemos derecho a la vivienda, podríamos justificar las invasiones. La respuesta, por supuesto, será no.

Esto es, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual actuó en base a una atribución de orden legal (reglada) por lo que no procede esta acción. Y, en el caso no consentido por supuesto, que las normas legales en las que se basó el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual fueran inconstitucionales, pues lo que debería haber hecho la actora es presentar una acción de inconstitucionalidad. Y, como, en el caso insisto no consentido, de que dichas normas en efecto fueran inconstitucionales, pues tendrían una vía efectiva lo cual enervaría la presente acción, porque recordemos que la acción de protección es de naturaleza subsidiaria, tal como lo indica el numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice:

“...La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

3.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado...”

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS AUTORES Y COMPOSITORES

Debemos recordar, que la misma Constitución de la República garantiza el Derecho de Propiedad y, a la vez, establece como un derecho de propiedad, a la propiedad intelectual, cuando en su artículo 322 indica que:

“... se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley...”

Y, de hecho, no se trata de una disposición aislada, existen otras disposiciones constitucionales que se refieren a temas vinculados a la propiedad intelectual, como por ejemplo los artículos 25, 57, 60, 277, 281, 360, 362, 363, 385, 386, 387 y 388 de la Constitución.

Debemos de concordar estas disposiciones con los artículos 600 y 601 de la Codificación del Código Civil, que establecen que sobre las

cosas incorpóreas también hay un derecho de propiedad (Derecho de Autor y Propiedad Industrial), así como, que las producciones del talento y del ingenio son propiedad de sus autores.

Como podrá ver, Señor Juez, quienes comercializan discos piratas son quienes realmente están afectando derechos constitucionales y legales, los de los autores, tal como en forma expresa garantiza y protege tanto la Constitución, como el Código Civil, la Ley de Propiedad Intelectual, Decisiones de la Comunidad Andina y Tratados Internacionales.

Y, en todo caso, quienes comercializan discos sin la autorización de los autores han infringido, por lo menos el artículo 22 de la Constitución de la República que dice:

“...Las personas tienen el derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que le correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría...”

Igualmente, la accionante y a quien ella representa, ha vulnerado los numerales 15 y 26 de la Constitución, que dicen:

“...Se reconoce y garantizará a las personas:

15.- El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental...”

16.- El derecho a la propiedad en todas sus formas...”

Pero, más allá de las normas Constitucionales, la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 27.2 establece que:

“...toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...”

Como usted conoce, los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, por mandato expreso del artículo 424 de la Constitución, son de aplicación directa y preferente.

V.- TIPICIDAD PENAL EN PROPIEDAD INTELECTUAL:

Otro tema importante de analizar, Señor, Juez, no obstante ser usted en este momento Juez Constitucional y no Juez de Garantías Penales, es que, en buena hora, recayó ante un juez penal esta acción de protección. Por qué, porque la misma Ley de Propiedad Intelectual establece tipos penales para la acción que están realizando justamente las personas a quienes representa la accionante. En efecto, el artículo 324 literales c) y e) establecen que:

“...Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de USD\$ 1,314.45 a USD\$ 13,144.50 tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación del derecho de autor o derechos conexos:

c) reproduzca una obra

e) introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan a circulación o a disposición de terceros reproducciones ilícitas de obras...”

Y, como digo, es importante que este proceso constitucional haya caído en un juez penal, porque, Señor Juez, si esto fuera un proceso penal de propiedad intelectual, le hubiere tocado a usted sancionar a quienes justamente representa la accionante en este proceso.

¿De aceptar usted, la presente Acción de Protección, y luego radicarse en su Despacho, una proceso penal por distribución no autorizada y reproducción de obras, cómo resolverá?

VI.- SOBRE LA SOLICITUD DE UN TIEMPO PARA LA REGULARIZACIÓN:

Uno de los pedidos que hace la accionante es que se le dé a quienes comercializan un tiempo prudencial para que se regularicen. Textualmente el abogado de la accionante en la audiencia indicó:

“...está el problema de hacer respetar la ley pero entre ejercicio ponderativo en una actividad que no data de meses sino de años y que necesita proceso para poder legalizar obviamente tendrá que sopesar...”

Sobre este punto, es importante indicar, que ese tiempo ya fue otorgado y ya venció.

La Ley de Propiedad Intelectual fue publicada en el Registro Oficial número 320 del 19 de mayo de 1998. Dicha ley tenía una Disposición Transitoria, la DÉCIMA SEGUNDA, que ya establecía un plazo para que se regularicen quienes distribuían públicamente obras audiovisuales, su texto decía:

“...DÉCIMA SEGUNDA: Las personas naturales o jurídicas que distribuyan públicamente videogramas mediante venta y/o arrendamiento o alquiler de copias, por sí mismas o por las respectivas asociaciones, ten- drán el plazo de tres años contados a partir de la publicación de esta ley en el Registro Oficial para remitir al IEPI un inventario de todas las obras que estén distribuyendo, así como las licencias y los comprobantes de pago de las regalías o de las franquicias aplicables.

La legalización del objeto social mencionado en el inciso anterior o excluye de manera alguna el respeto, recaudación y pago de los derechos de autor a partir de la presente ley...”

Como usted verá, Señor Juez, ya hubo un plazo para el proceso de regularización, el mismo que venció hace ya casi DIEZ AÑOS.

VII.- CONCLUSIONES E INEXISTENCIA DE VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES A LA ACCIONANTE:

Con los antecedentes señalados, Señor Juez, queda claro que:

1. El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual no ha violado derecho constitucional alguno;

2. No se puede, so pretexto de indicar que las personas tienen derecho al trabajo, que se irrespeten, ya no solo normas legales como las contenidas en la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, sino también, normas supra nacionales como las constantes en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el Convenio de Berna, Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, y, la misma Constitución de la República (artículos 22 y 322); finalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 27.2);
3. En todo caso, son los accinantes quienes han violado derechos constitucionales, especialmente, los establecidos en los artículos 22 y 322 de la Constitución de la República.
4. En el caso, no consentido de que en efecto fueran inconstitucionales las normas legales en las que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual motivó su resolución, por ser una potestad reglada, lo que cabría es una acción de inconstitucionalidad sobre esas normas. En consecuencia, habiendo otro camino, y siendo la acción propuesta subsidiaria, no aplicaría por lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
5. En consecuencia, sírvase inadmitir la acción de protección propuesta.

Sírvase proveer,

Dr. Antonio Pazmiño Ycaza
Reg. No. 8.958
Director Regional 1
Procuraduría General del Estado