

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES
POSTGRADO EN CIENCIAS CONTABLES
ESPECIALIDAD EN TRIBUTOS**

**MEDIDAS EN FRONTERAS Y SU APLICACIÓN EN LA REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA
PERIODO 1998 – 2005.**

Tesis de Grado para optar al título de Especialista en Tributos Mención
Aduanas

Autora: Rosaura Cueto Angrand
Tutora: Abogada Anay Guillermo

Mérida, Marzo de 2007

A la memoria del Dr. Higinio Cueto y Ramón Luis Cueto.

A mi Madre Margarita Angrand de Cueto y mis Hermanos
Luis Felipe, Maria Angélica, Quisqueya y César Augusto
Cueto Angrand.....

A mi Tutora la Abg. Anay Guillermo

A la Familia Valera Villegas

Y a todos aquellos que me acompañaron por este largo
camino...

Muchas Gracias

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	xi
ÍNDICE DE TABLAS	ix
ÍNDICE DE GRAFICOS	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
1. EL PROBLEMA	4
1.1 Planteamiento del Problema	4
1.2 Objetivos de la Investigación	6
1.2.1. Objetivo General	6
1.2.2 Objetivos Específicos	6
1.3 Justificación de la Investigación	7
1.4 Alcance de la Investigación	8
1.5 Limitaciones	8
CAPÍTULO II	10
2. MARCO TEÓRICO	10
2.1 Antecedentes de la Investigación	10
2.2 Bases Teóricas	13
2.2.1 Propiedad Intelectual	13
2.2.1.1 Propiedad Industrial	13
2.2.1.2 Contenido de los derechos de Propiedad Industrial.	14
Invenciones	15
Patente de Invención	15
2.2.1.3 Aplicación Industrial de la Invenciones	16

Derechos que confieren las Patentes	17
2.2.1.4 Signos Distintivos.	17
Marca	17
Derechos que confiere el Registro de una Marca a su Titular	17
Las Marcas Colectivas y las Marcas de Certificación	20
Nombre Comercial	21
Lemas Comerciales	21
Indicaciones Geográficas	21
Modelo de Utilidad	23
Protección del Modelo de Utilidad	24
Diseño Industrial	24
Derechos que confiere el Registro	25
2.2.2 Derecho de Autor	26
2.2.2.1 El Derecho Moral	27
2.2.2.2 El Derecho De Explotación.	30
Limitaciones al Derecho Exclusivo de Explotación	32
2.2.3 Derecho Conexo	34
2.2.3.1 Productora de Fonogramas	35
2.2.3.2 Organismo de Radiodifusión:	36
2.2.4 Aduana	36
2.2.4.1 Clasificación de las Aduanas	38
Aduana Principal	39
Aduanas Subalternas	39
2.2.4.2 Funciones de las Aduanas	39
Control del Comercio Exterior	40
Recaudación Tributaria	40
Control Sanitario	40
Control de Fraude Aduanero	40
Control de Fraude Comercial	40

Gestión de Estadísticas	40
2.2.4.3 Potestad Aduanera	40
2.2.4.4 Operaciones Aduaneras	42
2.2.4.5 Tributos Aduaneros	44
2.2.4.6 Desaduanamiento	45
2.3 Marco Legislativo de la Propiedad Intelectual	46
2.3.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	47
2.3.2 Ley Orgánica de Aduana	47
2.3.3 Arancel de Aduana	48
2.3.4 Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías	48
2.3.5 Decisión 486 de la Comunidad Andina.	52
2.3.6 El Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC)	53
- Mercancías Falsa	54
- Mercancía Pirata	54
2.3.5 Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual	54
OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	58
CAPITULO III	59
3. MARCO METODOLÓGICO	59
3.1. Tipo de Investigación	59
3.2. Diseño de Investigación	59
3.3. Unidad de Análisis	60
3.4. Fuentes y Técnicas para la Recolección de Datos	60
3.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	60
CAPÍTULO IV	62
4. Propiedad Intelectual y Comercio Internacional	62
4.1 Importancia de la Propiedad Intelectual en el Comercio	

Internacional.	62
4.2. Propiedad intelectual y Aduana	64
4.3. Control de la Propiedad Intelectual en las Aduanas de la República Bolivariana de Venezuela.	65
4.4. Etapas o fases del control aduanero	67
4.4.1. Control Aduanero en el Procedimiento Sistematizado	67
4.4.2. Procedimiento Sistematizado en Venezuela	71
Reconocimiento Físico	71
4.5. Impacto económico de las infracciones a los derechos de Propiedad Intelectual	74
4.6 Organizaciones Internacionales	80
4.6.1. Organización Mundial de Propiedad Intelectual	80
4.6.2. Consejo de Cooperación Aduanera -Organización Mundial de Aduanas (CCA/OMA).	81
CAPITULO V	84
5. Medidas en Frontera	84
5.1 Procedimiento establecido en el ADPIC	84
1. Duración de la suspensión.	86
2. El aporte de una fianza o garantía por parte del demandante	87
3. Pronta notificación a las partes afectadas	88
4. El derecho de la parte afectadas (propietario, importador, consignatario) a una pronta revisión	88
5. Indemnización a las partes perjudicadas cuando las mercancías hayan sido retenidas de forma infundada	88
6. La actuación de oficio	88
5.2 Medidas en Frontera en la Decisión 486	89
5.3 Medidas en fronteras en la República Bolivariana de Venezuela	93
5.3.1 Medidas en fronteras en la Ley Orgánica de Aduanas	93

Providencia Administrativa sobre la Observancia de los	96
Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito	
Aduanero de Mercancías	
a) Actuación de oficio	96
b) Actuación a Instancia de Parte interesada	98
c) Actuación por ordenes de autoridad competente	99
5.4 Implementación de las medidas en frontera en la República	
de Panamá.	103
a. Ley N° 35 sobre Disposiciones de Propiedad Industrial	103
- La notificación al titular del derecho protegido.	104
- Escrito de oposición a la introducción de la mercancía.	104
- Consignación de Fianza por parte del titular del derecho	104
- Posibilidad de liberación de la mercancía.	105
b. Decreto Ejecutivo N° 123	105
Actuación de oficio	105
Las modalidades de la notificación	105
Solicitud de oposición al trámite de la mercancía	106
Lapso de presentación del escrito de oposición	106
Liberación de la mercancía	106
Consignación de fianza	107
Actuación por órdenes de la autoridad competente	107
Actuación bajo denuncia	108
Consignación de fianza	108
5.5 Análisis comparativo de la Normativa Venezolana y	109
Panameña	
CAPITULO VI	111
6. CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES	111
RECOMENDACIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	119

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla	pp.
Nº 1. Pérdidas para las Industrias en el año 2003 (en Millones de dólares)	74
Nº 2. Pronostico del aumento de los ingresos fiscales en caso de que los índices de piratería disminuya en un 10%	79

ÍNDICE DE GRAFICOS

Gráfico	pp.
N° 1: Representación de las Pérdidas ocasionadas por Sector Industrial	75
N° 2: Pérdidas para el Estado según Sector Industrial	75
N° 3: Mercancías decomisadas en los distintos operativos realizados por Seniat	77
N° 4: Representación del el aumento de los ingresos fiscales en caso de que los índices de piratería disminuya en un 10%	79

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES
POSTGRADO EN CIENCIAS CONTABLES
ESPECIALIDAD EN TRIBUTOS**

**MEDIDAS EN FRONTERAS Y SU APLICACIÓN EN LA REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA PERIODO 1998 – 2005.**

Autora: Rosaura Cueto Angrand

Tutor: Abg. Anay Guillermo

Año: 2005

RESUMEN

El fraude a los derechos de Propiedad intelectual en el comercio internacional ha aumentado significativamente en los últimos años, situación que ha ocasionado graves daños a los titulares de derechos de propiedad intelectual, a la salud de los consumidores y a la economía del Estado; las aduanas son las encargadas de controlar el fraude comercial, aplicando medidas que eviten la distorsión del comercio causada por los flagelos de la falsificación y la piratería. Por esta razón, se llevó a cabo un estudio con el propósito de analizar la aplicación de las *medidas en frontera* en la República Bolivariana de Venezuela, en el marco jurídico nacional e internacional, a través de la revisión documental; determinándose que la aplicación de las medidas en frontera son ineficaces debido a que no existe un procedimiento preciso y completo en el marco legal nacional que haga efectivo la retención de las mercancías susceptibles de lesionar los derechos de propiedad intelectual en aduana. Lo que demuestra la no efectividad de los mecanismos que se están aplicando para evitar la falsificación y la piratería, efectuándose retenciones de mercancías sin un procedimiento determinado; esta situación resta efectividad a los esfuerzos realizados por el Estado y entes privados en la lucha contra los ilícitos aduaneros en materia de Propiedad Intelectual. Conviene la promulgación de una nueva Providencia Administrativa, que contemple de manera clara y precisa los procedimientos a seguir por la Administración Aduanera en la suspensión del despacho de mercancía susceptible de lesionar derechos de propiedad intelectual, incluyendo los procedimientos a seguir por las aduanas, los principios básicos del ADPIC y la Decisión 486, hasta tanto se reglamente las normas contempladas por la Ley Orgánica de Aduanas, y así poder hacer frente a tan grave flagelo, sin que constituya un obstáculo al comercio legítimo.

Palabras claves: Fraude Comercial, Propiedad Intelectual, administración aduanera, medidas en frontera, ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

INTRODUCCIÓN

El tráfico de mercancías falsificadas y piratas que vulneran los Derechos de Propiedad Intelectual, se ha convertido en un problema a nivel mundial, de hecho esto es uno de los elementos que influyó en la incorporación de los Derechos de Propiedad Intelectual en el plano de las negociaciones internacionales de comercio, dando origen a que en las negociaciones de la Ronda de Uruguay se incluyera un Anexo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, conocido como ADPIC.

En este sentido, el Acuerdo establece para los Estados miembros un mecanismo denominado *Medidas en Frontera*, las cuales han sido consideradas por la doctrina como “*medidas directas que efectúan las autoridades nacionales competentes antes las Aduanas para que mediante procedimientos ágiles se detengan las mercancías presuntamente violatorias de la Propiedad Intelectual hasta que se compruebe su licitud, impidiendo entre tanto su ingreso a los circuitos legítimos comerciales.* (Rodríguez, M. 2004:663)

Es de señalar, que en la actualidad a las aduanas a nivel mundial se les han asignado la función de *control del fraude comercial*, surgida debido al tráfico de mercancías no originales violatoria de los derechos de Propiedad Intelectual, que causan graves daños a los titulares de esos derechos, a la salud de los consumidores y a la economía de los Estados.

Venezuela como país miembro del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) ha demostrado a través de su ordenamiento jurídico interno la voluntad de luchar contra la falsificación y la piratería, al establecer dentro de su

normativa la facultad de las aduanas para suspender el despacho de mercancías que violen los derechos de propiedad intelectual.

En este orden de ideas, también destacan las políticas y directrices que lleva a cabo la Superintendencia del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) en materia de Propiedad Intelectual, las cuales indican el mismo propósito de lucha.

Sin embargo, el alto índice de falsificación y piratería indican que el control del *fraude comercial* que deben llevar las aduanas no se ha implementado rigurosamente en Venezuela.

En consecuencia el presente trabajo se centra en analizar la aplicación de las *medidas en frontera* en la República Bolivariana de Venezuela con la finalidad de colaborar a solventar, a través de este análisis, los problemas que se presentan a nivel nacional en la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en aduana, específicamente en la aplicación de las *medidas en fronteras*.

A tal fin la estructura de la investigación se encuentra conformada por cinco capítulos. El **Capítulo I**, denominado el Planteamiento del Problema, abarca los aspectos involucrados con el planteamiento del problema de la investigación, se describe los objetivos tanto general como los Específicos, de igual forma se presenta la justificación y la delimitación teórica, espacial y temporal de la investigación realizada. El **Capítulo II**, Titulado Marco Teórico, esta conformado por los antecedentes de la investigación, el marco teórico, legal y conceptual del tema. El **Capítulo III**, Denominado Marco Metodológico, muestra el tipo de metodología empleada en la investigación, métodos, técnicas e instrumentos de Recolección de Datos, Procedimiento de la investigación y métodos, técnica de interpretación de datos. El **Capítulo IV**, Titulado Propiedad intelectual y Comercio Internacional, en el cual se

desarrolla la importancia de la Propiedad intelectual en el comercio internacional, así como la relación que existe entre propiedad intelectual y Aduana, destacando la función de control aduanero en materia de propiedad intelectual, señalando las funciones de las distintas organizaciones internacionales en la protección de los derechos de propiedad intelectual en aduana. **Capítulo V**, Titulado. *Medidas en Frontera*, en este capítulo se desarrolla el punto central de la presente investigación, señalando el concepto de *medidas en frontera* y especificando en que consiste el procedimiento para llevar a cabo dichas medidas, tomando como fundamento para ello el procedimiento establecido en el ADPIC, así como también la Decisión 486 y la Ley Orgánica de Aduanas (LOA), así como la información recopilada que sirve de fundamento a la investigación. Por último, se expone las conclusiones y recomendaciones de la investigación basándose en los resultados obtenidos.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

El fraude a los derechos de propiedad intelectual en aduana consiste, en su forma más amplia, en el tráfico de mercancías no originales violatoria de los derechos de propiedad intelectual en las operaciones de comercio, violaciones que han sido denominadas a nivel mundial como falsificación y piratería.

Para combatir estas violaciones, los Estados deben aplicar medidas eficaces para resguardar de los daños que puedan causar, a los titulares de esos derechos, a la salud de los consumidores, a las inversiones y en especial al Estado en materia de recaudación tributaria. Las medidas aplicadas se denominadas **medidas en frontera**, cuyo objetivo principal es el de impedir el ingreso de mercancías infractoras de los derechos de propiedad intelectual, mediante la suspensión del despacho en aduana de las mercancías hasta que se compruebe su licitud.

Venezuela como país miembro de la Organización Mundial del Comercio desde 1994, adquirió la obligación de establecer un marco estable para la comercialización de los bienes inmateriales, a través del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ADPIC (Anexo 1C del Tratado de la OMC), Acuerdo que se aplica e incorporó a la legislación nacional, en virtud de la ratificación del Acuerdo de Marrakech.

En el año 1973, Venezuela se adhirió a la Comunidad Andina (CAN), entre cuyos miembros también se encuentran Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú. En relación con las medidas en frontera, la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Régimen común sobre Propiedad Industrial, decisión que entró en vigencia a partir del primero de diciembre del 2000 en sustitución de la Decisión 344, se regula por primera vez lo concerniente a las **medidas en frontera**, siguiendo en una gran mayoría las disposiciones que establece el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

A partir del año 1999, en Venezuela se inicia la incorporación en la legislación interna de las medidas en frontera, con la reforma parcial de la Ley Orgánica de Aduanas, normativa que trata de actualizar la legislación aduanera con las obligaciones asumidas por la República en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) derivadas del ADPIC. De conformidad con esta Ley se regula por primera vez a nivel nacional las medidas destinadas a impedir el fraude a los derechos de propiedad intelectual.

En este contexto, en el año 2005, con la aprobación del nuevo Arancel de Aduanas, que prohíbe en todo el territorio nacional la importación y tránsito de mercancías que violen los derechos de propiedad intelectual, motivo por el cual, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a través de la Providencia Administrativa N° 915, se pretende normatizar las actuaciones de los titulares de cualquier derecho de propiedad intelectual y de los funcionarios de la Administración Aduanera, ante la presunción de la violación de los derechos de propiedad intelectual, incorporando algunas de las disposiciones contempladas en el ADPIC y en la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

Sin embargo, la situación que presentan los Estados a nivel normativo en la lucha contra las violaciones de los derechos de propiedad intelectual en las operaciones de comercio, a través de la aplicación de medidas en frontera, marca la necesidad de esta investigación, ya que la misma tiene como propósito analizar la aplicación de las *medidas en fronteras* en la República Bolivariana de Venezuela, destacando la función de control del fraude comercial que debe ejercer la Administración Aduanera en la lucha contra los ilícitos en materia de propiedad intelectual.

Por lo cual a lo largo de la investigación se plantea dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Se aplica eficientemente las medidas en fronteras en la República Bolivariana de Venezuela?, en caso de ser negativo, ¿Cuáles son los factores que han influido en su aplicación?; ¿Siendo las aduanas las encargadas de aplicar las medidas en frontera, como se ha implementado, a nivel nacional, el procedimiento?; ¿Las actuaciones realizadas por la Administración Aduanera Venezolana en la protección de los bienes intangibles, se adapta a las estipulaciones del ADPIC y la Decisión 486 de la Comunidad Andina?.

1.2. Objetivos de la Investigación

A continuación se presentan los objetivos a alcanzar en la investigación.

1.2.1. Objetivo General

Analizar la aplicación de las *medidas en frontera* en la República Bolivariana de Venezuela, desde 1998 hasta el 2005.

1.2.2 Objetivos Específicos

1.- Identificar el marco regulatorio de la Propiedad Intelectual a nivel nacional e internacional.

2.- Determinar la vinculación existente entre la Propiedad intelectual y las operaciones Aduaneras.

3.- Describir los procedimientos establecidos en la legislación nacional e internacional para impedir el ingreso de mercancías violatorias de la Propiedad Intelectual en los circuitos legítimos comerciales.

4.- Comparar la normativa de la República Bolivariana de Venezuela con la de República de Panamá en la protección de los derechos de propiedad intelectual en aduana.

1.3 Justificación de la Investigación

Ante la situación que presentan las Aduanas de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la violación de los Derecho de Propiedad Intelectual, al ingresar a estas mercancías falsificadas y piratas que atentan contra los titulares de esos derechos y los objetivos económicos que se haya propuesto el Estado, con la recaudación de los Tributos. En este sentido, el Estado Venezolano se ha comprometido en la lucha contra la falsificación y piratería en aduana a través de los Acuerdos, Tratados y Convenios Internacionales.

No obstante, los procedimientos aplicados en el país no han logrado el objetivo por el cual fueron incorporados a nuestra legislación, situación que causa distorsión del comercio internacional generando perjuicios a la economía, produciéndose el cierre de empresas, el aumento del desempleo, atentado contra la salud pública, todo ello en detrimento de la economía nacional.

De esta forma se puede ofrecer, mediante el análisis realizado, una base documental que contribuya al desarrollo de posteriores investigaciones en las cuales se pueda plantear el estudio de casos en concreto, que ayuden a solventar los problemas que se presentan a nivel nacional en la

Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en aduana, específicamente en las *medidas en fronteras*.

Además, permitirá dar a conocer la trascendencia que ha adquirido los derechos de propiedad intelectual en materia aduanera y de esa manera generar conciencia de los inconvenientes que surgen al no aplicar efectivamente controles al fraude comercial en el territorio nacional, ampliando el debate académico al aportar información relevante relacionada con los problemas que confrontan las aduanas en torno a su ordenamiento jurídico en la aplicación de las *medidas en frontera*.

1.4 Alcance de la Investigación

Temporal: La investigación abarca el periodo entre 1998 y 2005.

Geográfico: Su alcance es tanto nacional como regional, por cuanto tiene relevancia para la legislación venezolana en materia de aduanas y para el comercio internacional; por constituir la *falsificación y la piratería*, flagelos que causan distorsión al comercio legítimo de los países.

En el Área de Estudio: sirve como antecedente documental al aportar información para aquellos que estén interesados en este tema de investigación, además servirá de base para la elaboración posteriores investigaciones en las cuales se pueda plantear el estudio de casos en concreto.

1.5 Limitaciones

En relación con las limitaciones para realizar este trabajo de investigación destacan:

- Escasez de bibliografía relacionada con las *medidas en frontera*, a pesar que en la actualidad sea reconocido la importancia de la Propiedad Intelectual en el desarrollo económico de los países, la información sobre la misma es insuficiente, razón por la cual, la recopilación del material de apoyo se vio limitado a la documentación internacional existente hasta la fecha. Al efecto, el tema de las *medidas en frontera* en aduanas en Venezuela no ha sido estudiado exhaustivamente en el sector aduanero venezolano.

- Restricción al acceso de los proyectos de ley relacionados con la materia de Propiedad intelectual y aduana, este punto constituyó una de las principales limitaciones de esta investigación, puesto que no se pudo tener acceso completo a los proyectos presentados a la Asamblea, además, la información suministrada por los representantes de los órganos que participaron en la elaboración de dichos instrumentos fue insustancial.

- Falta de especialistas en el sector aduanero venezolano, lo que constituyó una limitante en la realización de esta investigación, puesto que la falta de conocedores de la materia de Propiedad intelectual en aduana, restringió la aplicación de las entrevistas pautadas para la recopilación de la información.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

El presente capítulo está conformado por los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y las bases legales. Asimismo, tiene por objeto precisar conceptos fundamentales en la materia de propiedad intelectual y aduana, los cuales actúan como premisas para el desarrollo de los restantes capítulos, seguido de un marco legislativo correspondiente a las citadas materias.

2.1 Antecedentes de la Investigación

Respecto a los antecedentes relacionados con el tema de investigación, y que han permitido precisar y delimitar el objeto del presente estudio se destacan, por su aporte referencial dos tesis, a saber:

Ramos, M. (1.999), realizó una investigación con el propósito de estudiar la aplicabilidad de las “Normas de propiedad intelectual y su implementación a través de medidas en aduana”. Considerando que el fraude a los Derechos de Propiedad Intelectual de los titulares en el comercio exterior es frecuente y se produce al amparo de operaciones de comercio internacional, aparentemente revestidas de total legalidad. Esta situación es analizada en el trabajo de referencia, partiendo del análisis de la normativa nacional e internacional sobre la materia. Ilícito que se presenta en Venezuela por la falta de Reglamentación de las normas de propiedad intelectual establecidas en la Ley Orgánica de Aduana.

Esta investigación permite conocer de antemano la problemática que surge en materia aduanera al momento de aplicar las normas que garantizan los derechos de propiedad intelectual, señalando la normativa internacional y

las obligaciones contraídas por la República al suscribir los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia.

Guillermo, A. (2.003), en su trabajo “Medidas en Fronteras en la Zona Libre, Cultural, Científica, y Tecnológica del Estado Mérida”, señala que existe una doble vinculación de la Propiedad Intelectual con la ZOLCCYT, una que se orienta hacia la promoción, estímulo, asesoría, tramitación de la protección legal del bien intangible a comercializar por las empresas operarias en la ZOLCCYT; y otra que se desarrolla en el entorno de las aduanas.

Además, señala que la Ley Orgánica de Aduanas tiene una norma referente a la *medida en frontera*, fragmentaria e incompleta, que no constituye un modelo eficaz de impedir la infracción a los derechos Propiedad Intelectual. Citando a Quiroz al afirmar que “Eficacia que no es suplida ni por vía del Reglamento de dicha ley, en vista de que esos dos artículos no han sido reglamentados”. Teniendo como objetivo general, el de proponer la implementación de un mecanismo efectivo contra la falsificación y la piratería en el ámbito aduanero; con la finalidad de reforzar el citado mecanismo y las demás actividades que desarrolle la Zona Libre Cultural Científica y Tecnológica del estado Mérida, en materia de propiedad intelectual, propone la creación de un Departamento de Propiedad Intelectual dentro de la estructura organizativa de la ZOLCCYT.

El aporte de este trabajo para la investigación, se centra en el mismo amplio análisis jurídico de las medidas en frontera contempladas en el ADPIC, señalando además la problemática que se plantea por la falta de reglamentación de las medidas en frontera en la legislación venezolana.

Castán, A. (2001), en su Informe “Las Medidas en Frontera como medio de Lucha contra la Piratería Comercial. La experiencia española”,

mediante la cual resalta el impacto de la piratería comercial en el comercio mundial, remarcando la necesidad de implementar controles en la frontera exterior de la Comunidad Europea para fomentar la lucha contra estos ilícitos. Destacando la necesidad de intervenir en Aduanas las mercancías con usurpación de marcas y piratas a través de las *medidas en frontera*, describiendo algunos factores que han dificultado la implementación de dichas medidas en el Territorio Europeo.

El aporte de este trabajo en la presente investigación se centra en el análisis de la normativa de la Comunidad Europea relacionadas con la implementación de las medidas en fronteras, asimismo, destaca el rol de las aduanas al explicar el procedimiento establecido en el ADPIC incorporado ampliamente en la legislación comunitaria, que deben seguir las Administraciones Aduaneras al momento de ejercer controles. Lo cual sirvió de base para determinar los problemas que se presentan al implementar las referidas medidas en las aduanas, siendo de gran importancia las conclusiones a las que llego al señalar la subsistencia de ciertas dificultades en la aplicación del sistema de medidas en fronteras, dificultades que se presentan en la mayoría de los países miembros de Organización Mundial del Comercio (OMC).

Las investigaciones revisadas enfocan la situación de la aplicación de las medidas en fronteras, resaltando la necesidad de establecer procedimientos idóneos que faciliten la implementación de las mismas y colaborar en la lucha contra la falsificación y piratería. Sin embargo se evidencia la necesidad de ampliar el análisis a los nuevos instrumentos legales aprobados y los recientes trabajos relacionados con el objeto de estudio.

2.2 Bases Teóricas

Con el propósito de sustentar el desarrollo de la presente investigación se presenta a continuación una serie de fundamentos teóricos recavados de las consultas bibliohemerográficas y en la web, propiciando a la vez un marco de referencia y terminología apropiada relacionada con el tema. Comenzando con los fundamentos teóricos en materia de Propiedad Intelectual.

2.2.1 Propiedad Intelectual

En un sentido amplio Antequera (1.998:37), define la Propiedad Intelectual *“como el área jurídica que contemplan sistemas de protección para los bienes inmateriales, de carácter intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades afines y conexas”*.

La doctrina divide a la Propiedad Intelectual en dos grandes ramas:

1. Propiedad Industrial.
2. Derecho de Autor

Cada una de estas ramas serán abordadas en el contenido de este capítulo, con el fin de disertar acerca de los conceptos y la terminologías utilizadas en el campo del derecho aduanero, específicamente en lo referente a la Propiedad Intelectual.

2.2.1.1 Propiedad industrial

Se entiende por propiedad industrial, aquella *“propiedad que adquiere el inventor o descubridor con la creación o descubrimiento de cualquier producto relacionado con la industria, y el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a*

diferenciar los resultados de sus trabajos de otros similares”.
(<http://www.wopi.org/dcv/int.pdf>)

En este sentido, la propiedad industrial señala los derechos sobre bienes inmateriales que se relacionan con la industria y con el comercio, desde dos puntos de vistas, por una parte, los que tutelan la exclusividad de reproducción de los nuevos productos o procedimientos que por su originalidad y utilidad merecen tal exclusividad; por otra parte, las denominaciones del producto o del comerciante que llamen la atención de los consumidores.

En este mismo orden de ideas, Grimaldo, G. (2.003), recalca que la Propiedad Industrial comprende “la regulación jurídica de las creaciones del intelecto relacionadas o aplicadas a la industria”, siendo estas objeto de tutela por parte de los estados garantizando los derechos de sus titulares por tiempo determinado.

2.2.1.2 Contenido de los derechos de Propiedad Industrial.

El contenido de la propiedad industrial, de conformidad con la doctrina esta comprendido por todos aquellos bienes pertenecientes a ésta rama del derecho que han sido incluidos en los cuerpos normativos relativos a la materia en base a consideraciones de desarrollo económicos.

En el caso de la legislación Comunitaria Andina, esta contemplado en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial contenido en la Decisión 486 de la Comunidad Andina (CAN).

En este sentido, la Decisión 486 comprende: las Invenciones, modelo de utilidad, diseño industrial, esquemas de trazados de circuitos integrados, marcas, lemas comerciales, marcas colectivas, marcas de certificación,

nombre comercial, denominación de origen, indicaciones de procedencia, secretos empresariales.

Asimismo, se incluye en el contenido de la propiedad industrial a las nuevas variedades vegetales contenidas en la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1993.

A continuación explicaremos cada uno de los contenidos de la Propiedad Industrial:

Inventiones: Para Burnier (citado en Astudillo 1.995), señala lo que considera por invenciones, alegando que es “la solución de un problema técnico obtenido gracias a una idea creadora y obtenido un progreso técnico.”(Pág. 25)

Patente de Invención. Para proteger o garantizar las invenciones los Estados otorgan a los titulares de las mismas las patentes de invenciones, entendidas estas como “títulos otorgados por el Estado para incentivar el progreso técnico, las cuales confieren a sus titulares un derecho o privilegio exclusivo para la explotación de las invenciones de que es objeto por un lapso determinado, lo que le permite excluir a terceros no autorizados de la producción y comercialización de la misma.” Astudillo (1.995)

Estos títulos otorgado por los Estados le confiere a sus titular el derecho exclusivo de explotar la invención, gozando de la protección de sus derechos por parte de los órganos encargados, destacándose que esta protección es por un tiempo determinado, según la Dec. 486 esta protección es por 20 años.

2.2.1.3 Aplicación Industrial de la Invenciones

La normativa Andina, la Decisión 486, trata el tema de la aplicación industrial de las invenciones, en consecuencia una invención es susceptible de aplicación Industrial “Cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de Industria, entendiéndose por Industria la referida a cualquier actividad productiva, incluido los servicios. (Art. 19, Decisión 486).”

Los títulos de patentes los confiere el Estado, actuando a través de los órganos pertinentes; En Venezuela el ente encargado es el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), adscrito al Ministerio de la Producción y del Comercio, que comprende el Registro de la Propiedad Industrial y la Dirección Nacional de Derecho de Autor, encargándose el mismo entre otras funciones de analizar los llamados requisitos formales, y las condiciones objetivas de patentabilidad.

¿Por qué de la Protección de la Invenciones a través de la patente?

Astudillo, Pachón y Sánchez (citado en Guillermo, A., 2.003) destacan la importancia que tiene garantizar el derecho de explotación a través del otorgamiento de patentes, manifestando que:

“Obedece a objetivos empresariales, en el sentido de que los empresarios hacen gastos cuantiosos en recursos humanos y financieros en la actividad de invenciones tecnológicas, no estando dispuestos a que otro competidor pueda copia y explotar comercialmente el invento objeto de la invención.

Si no existiera la protección por vía de patente mediante la cual se concede el derecho exclusivo de explotación, el empresario lógicamente carecería del elemento que impulsa la investigación y que da lugar a los inventos” (Pág. 24)

Derechos que confieren las Patentes.

La Decisión 486 señala en el Art. 52 que “La patente confiere a sus titulares el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos:

- a) Cuando en la patente se reivindica un producto:
 - Fabricar el producto
 - Ofrecer en venta, vender o usar el producto; o importarlo para uno de estos fines; y
- b) Cuando en la patente se reivindica un procedimiento:
 - Emplear el procedimiento; o ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) respecto a un producto obtenido directamente el procedimiento.

2.2.1.4 Signos Distintivos.

La Decisión 486 señala cuales son los signos distintivos. Especificando los siguientes: marcas de productos y servicios, nombres comerciales, lemas comerciales, marcas colectivas, denominaciones de origen.

Marca

Según Méndez Andrade R., (1.999) en atención a la doctrina considera que: “una marca es todo signo que sirve para diferenciar en el mercado al productos o servicios idénticos o similares de una persona. Dicho signo, a demás de identificar el origen empresarial de esos productos o servicios, puede llegar a constituirse en símbolos de calidad y medio idóneo de promoción comercial (Pág. 102)

En este mismo orden de ideas, se destaca la relevancia de los signos distintivos para los titulares “...Una marca que les permita suministrar a los

consumidores toda una gama de información sobre un determinado bien, desde su procedencia empresarial hasta el prestigio o goodwill que lo rodea, juegan un papel preponderante dentro de los bienes de una empresa, pues de tras de ella toda la inversión que representa lograr su real y efectiva implantación en el mercado (Bianchi, 1.999:121 /122)".

En tal sentido, la Marca es susceptible de protección jurídica por la Propiedad Industrial, el Estado le otorga protección a través del Registro, el cual se hace ante la oficina competente, que en nuestro país como se dijo anteriormente en el punto relacionado con las invenciones corresponde al Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), solicitud ésta que debe cumplir con ciertos requisitos que están contemplados en la Decisión 486 de la Comunidad Andina (CAN).

Derechos que confiere el Registro de una Marca a su Titular.

La Decisión 486 señala los derechos que confiere el registro de la marca a los titulares. El artículo 155, establece el objetivo del registro la cual se traduce en impedir que terceros puedan lucrarse de esa marca, sin el consentimiento de los titulares.

Enunciando una serie de actos que pueden considerarse como violación a los derechos registrales de la marca:

a) Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;

b) Suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los

servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;

c) Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;

d) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;

e) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;

f) Usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.”
(Dec. 486, Art. 155)

Establece la misma Decisión, y de suma importancia para el tema a tratar, respecto a los literales e) y f), que el uso de un signo en el comercio por parte de un tercero, significa entre otros los siguientes actos:

a) Introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo.

b) Importar, exportar, almacenar o transportar productos con ese signo;

c) Emplear el signo en publicidad, publicaciones, documentos comerciales o comunicaciones escritas u orales, independientemente del

medio de comunicación empleado y sin perjuicios de las normas sobre publicidad que fueren aplicables.

Las Marcas Colectivas y las Marcas de Certificación.

Para desarrollar este punto se tomará lo dispuesto en la Decisión 486 y la Ley Venezolana de Propiedad Industrial de 1955.

Artículo 180.-: “se entenderá por marca colectiva todo signo que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios pertenecientes a empresas diferentes y que lo utilicen bajo el control de un titular.”

Artículo 185.- “Se entenderá por marca de certificación un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la marca.”

Estas marcas no estas destinadas a ser utilizadas por el titular de las mismas para distinguir en el mercado los productos o servicios producidos por él, son usadas por personas distintas del titular, en el caso de las primeras solo pueden ser usadas por asociaciones de empresas; en las certificación, el titular puede autorizar su uso a cualquier persona siempre y cuando el producto o servicio cumpla las condiciones establecidas en el Reglamento de Uso de la Marca (Dec. 486, Art. 18).

La Decisión 486 rige a ambas marcas en gran parte de manera coincidente (Art. 180 a 189) siéndoles aplicables las disposiciones sobre marcas, con la salvedad de que solo podrá hacerse remisión en lo fuere pertinente.

Nombre Comercial.

La Ley de Propiedad Industrial de 1955, protege el nombre comercial como “denominación de comercial”, definiéndola como: “la marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero (...)”

En este mismo contexto la Decisión 486 establece en el Art. 190 lo que entiende por “Nombre comercial”:

“Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.

Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.”

La protección del Nombre Comercial no permite utilizarlo como marca, es decir, como signo que distingue productos o servicios, solo se utilizará para identificar una actividad económica, a una empresa o establecimiento mercantil, como lo indica la definición, puesto que si se desea que el nombre comercial cumpla su función como marca debe registrarse.

Lemas Comerciales:

La Decisión 486 en el Art. 175, en su segundo aparte, establece: “Se entiende por lema comercial la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.”

De igual manera La Ley de Propiedad Industrial establece en el artículo 27, 3º aparte, lo que se entiende bajo esta Ley por Lemas Comerciales: “Lema comercial es la marca que consiste en una palabra, frase o leyenda

utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o denominación comercial.” En este caso los países podrán registrar como marca los lemas comerciales, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, según lo que establece la Decisión 486 de la CAN.

Indicaciones Geográficas.

La posición de la doctrina en atención a la indicaciones geográficas, se resume en que se incluye dentro de estas a otras figuras que están relacionadas con alguna indicación del lugar de procedencia de los productos o servicios, destacándose: las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia, las cuales se diferencian de la marca, lemas comerciales, rótulo o enseñas, tanto por su función como por el derecho exclusivo que otorga. Centrándonos en su función, estas dos figuras tratan de poner de manifiesto al lugar geográfico donde los productos han sido elaborados cual quede en su reputación.

Estas dos figuras han sido definidas en la Decisión 486 coincidiendo con la Ley tipo para los países en desarrollo sobre la Protección de las Denominaciones de Origen y las Indicaciones de Procedencia elaboradas por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual del año 1975, tales definiciones están contempladas en los Art. 201 y 221 a saber.

Art. 201: “se entenderá por denominación de origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado, utilizada para designar un producto originario y de ellos y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusivamente o esencialmente al medio geográfico en el cual se procede, incluido los factores naturales y humanos.”

Art. 221: “se entenderá por indicaciones de procedencia un nombre, expresión o signo que designe o evoque un país, región, localidad o lugar determinado.”

Para la doctrina esta normativa constituye una simple indicación del lugar de donde es natural o es fabricado un producto sin que esto garantice calidad alguna. En tal sentido, Guillermo, A. (2.003:33) considera que: “En opinión de algunos profesionales especialistas en el área, la producción en diferentes regiones de Venezuela ha generado denominaciones de origen, citando como ejemplo el Tabaco Cumanés y el Queso Guayanés”

Modelo de Utilidad.-

La creación consistente en nuevas formas funcionales, consideradas como “Invenciones menores” por los doctrinarios, forma parte de la categoría de derechos intelectuales, y como tal es el objeto de protección por la propiedad industrial.

Se concibe, según la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, por modelo de utilidad “...todo aquellos instrumentos, utensilios, herramientas, dispositivos, mecanismos y en general aquellos objetos corporales o partes de estos, capaces de explotación industriales, de los cuales pueda derivar una aplicación o efecto práctica”.

Se debe citar la definición utilizada en la Normas Subregional de la Comunidad Andina, se establece por modelo de utilidad “...toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que permita un mejor aprovechamiento, utilización o fabricación... (Art. 81)”

Los modelos de utilidad constituyen la base para las innovaciones tecnológicas resaltando la importancia de estos para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. En 1982, Poli (citada por Maria Vega,

2003) concluye que los modelo de utilidad constituye “un elemento importantísimo en la creación de tecnología, alentando la creatividad de los pequeños inventores nacionales en los cuales se encuentran el punto de arranque de empresas tecnológicas de mayor envergadura.”

Protección del Modelo de Utilidad.

Los modelos de utilidad se protegen mediante patentes, con la finalidad de evitar que grandes empresas se puedan beneficiar de los inventos o creaciones de los pequeños inventores sin su consentimiento y sin darle compensación adecuada.

Diseño Industrial.

La Decisión 486 adopta la terminología diseño industrial donde la formas bidimensional (dibujos) y tridimensional (modelos) aparecen combinados, definiéndolos así: La apariencia particular de un proyecto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

La definición que se maneja hoy en día es la oficialmente reconocida por el ICSID (Internacional Council of Industrial Design), la cual dice:

“El diseño industrial es una actividad proyectual que consiste en determinar las propiedades formales de los objetos que se desea producir industrialmente”. (Vega, M., 2.003:27/37). Entendiéndose según Rodríguez (citado en Vega, 2003) “por propiedades formales no solo las características exteriores sino sobre todo, las relaciones funcionales y extraturales que hacen que un objeto tenga una unidad coherente desde el punto de vista del productor como del usuario. Puesto que mientras la preocupación exclusiva por los rasgos exteriores de un objeto determinado conlleva el deseo de hacerlo parecer

mas atractivo o también simular las debilidades constitutivas, las propiedades formales de un objeto son siempre el resultado de la integración de factores diversos, tanto si son de tipo funcional, cultural, tecnológico o económicos”.

Derechos que confiere el Registro.-

Como objeto de la Propiedad Industrial, el registro del diseño Industrial Según lo establecido en la Decisión 486 faculta a los titulares del diseño a:

1. Excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. (Decisión 486 Art. 129).
2. Tiene el derecho de actuar contra quien produzca o comercialice sus producto cuyo diseño solo presente diferencias secundarias con respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea igual a esta (Art. 129).

La doctrina ha destacado que en virtud del primer derecho conferido por el registro, el titular tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporan o reproduzcan el diseño industrial.

La protección a los derechos de los titulares esta sujeta a ciertas condiciones que deben presentarse para que se pueda garantizar los derechos y en caso de la no existencia de estos dará derecho a negar la protección. Asimismo, “el ADPIC en la sección cuarta, establece la obligación de proteger los dibujos y modelos que hayan sido ‘creados independientemente’ y ‘sean nuevos u originales’ (párrafo 1). También permite que se deniegue la protección a los dibujos o modelos ‘dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales’.

2.2.2. Derecho de Autor.-

Lipszyc, (1993:11), define el Derecho de Autor como *“las normas del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones representan individualidad resultantes de su actividad intelectual (...)*

En este mismo orden, Bermúdez (2000:11) lo considera como *“...disciplina jurídica que tiene por objeto, primero, la protección de la forma de expresión de las creaciones intelectuales, consideradas obras del ingenio, dentro del dominio literario, artístico o científico, al tanto de explicarse su originalidad o individualidad, además de proteger otras actividades afines, como la producción de fonogramas, las interpretaciones artísticas y las misivas de organismo de radiodifusión; el segundo otorga derechos personales y reales sobre la misma, con especial limitantes, al autor o a los titulares respectivos”*.

El artículo 2 de la Ley sobre Derecho de Autor señala las obras motivo de tutela por el Derecho de Autor:

Artículo 2°

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

artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento.

En ese sentido, Guillermo A., (citando a Antequera) indica que “listado que ha sido considerado por la doctrina como un listado meramente “enunciativo” o ejemplificativo fundamentando tal consideración en el hecho de que “la LSDA Art. 1 en concordancia con la decisión 351, Art. 4 reconoce la protección sobre todas las obras del ingenio (...)”. Por ello cualquier enumeración que se haga de las obras motivo de las tutela, tiene un simple carácter ejemplificativo. (2003:41)

El derecho autor reconoce al creador de obra intelectuales una doble vertiente de facultades exclusivas, oponibles erga omnes, que forman el contenido de la materia: las de carácter personal concernientes a la tutela de su personalidad en relación con su, cuya finalidad es garantizar interés intelectuales, que conforman el llamado derecho moral, y las de carácter patrimonial concerniente a la explotación de la obra, que posibilitan al autor la obtención de una remuneración cuando se utiliza su creación y constituye el llamado derecho patrimonial. (Lipzyc 2.004:379)

El derecho de autor otorga a sus creadores un cúmulo de facultades tanto morales como patrimoniales que están contempladas en el Capítulo II Sección Primera, De Los Derechos Morales y Patrimoniales correspondientes al Autor y son:

2.2.2.1 El Derecho Moral

Comprende aquel que esta designado a proteger a los titulares de “las relaciones intelectuales y personales con la obra y su utilización (Vega, 2.003:151) las cuales comprenden:

- El Derecho a la Divulgación

Para Lipzsysc (2.004:379) “Consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de la misma.

En este orden de ideas, la Ley sobre Derecho de Autor, regula el derecho a la divulgación de la obra que tiene exclusivamente el autor, señalado que:

“Corresponde exclusivamente al autor la facultad de resolver sobre la divulgación total o parcial de la obra y, en su caso, acerca del modo de hacer dicha divulgación, de manera que nadie puede dar a conocer sin el consentimiento de su autor el contenido esencial o la descripción de la obra, antes de que aquél lo haya hecho o la misma se haya divulgado...” (Art.18 LSDA).

- El Derecho de Paternidad

“En caso de que una determinada obra sea publicada o divulgada por persona distinta a su autor, éste tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes.” (Artículo 19 LSDA).

- El Derecho a la Integridad de la Obra

“El autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra, el derecho de prohibir toda modificación de la misma que pueda poner en peligro su decoro o reputación. El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieran necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella. Pero si la obra reviste carácter artístico, el autor tendrá preferencia para el estudio y realización de las mismas. En cualquier caso, si las modificaciones de la obra arquitectónica se

realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original.” (Artículo 20 LSDA).

- El Derecho de Modificar la Obra

Según Antequera (1.998:378) este derecho esta implícito en el derecho a la integridad ya que si el autor tiene la facultad de oponerse de que otro ejecuten alteraciones de su obra es porque el si tiene la potestad de realizarla.

- El Derecho de Arrepentimiento o Retracto:

Es la facultad que tiene el autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste a su convicción intelectuales o espirituales, después de haber contratado su divulgación y aún cuando ésta ya se ha realizado, o de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derecho de explotación (Lipzyc 2.004:383):

Artículo 22

El autor puede exigir al propietario del objeto material el acceso al mismo, en la forma que mejor convenga a los intereses de ambos, siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o los de explotación.

Artículo 58

No obstante cualquier estipulación en contrario, el autor, aún después de la ubicación de la obra, tiene frente al cesionario de sus derechos o, en su caso, frente a los causahabientes de éste, el derecho moral de revocar la cesión; pero no puede ejercer ese derecho sin indemnizarles los daños y perjuicios que con ello les cause. Este derecho se extingue con la muerte del autor. El Juez puede moderar el monto de cualquier pago que haya convenido hacer el autor al cesionario en razón del ejercicio del derecho a que se refiere el encabezamiento de este artículo, cuando dicho monto haya sido fijado con anterioridad al momento en que

ejerció el derecho indicado. El derecho contenido en este artículo, no será aplicable a las cesiones efectuadas respecto de las obras creadas bajo relación de trabajo, en los términos del artículo 59 de esta Ley...

2.2.2.2 El Derecho De Explotación.

El Art. 23 de la LSDA « el autor gozará también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio (...)». Al mismo tiempo, La Decisión 351 y la LSDA contemplan las siguientes modalidades:

- El Derecho de Transformación: Los Art. 21 LSDA y Art. 13 c de la Decisión 351, regulan el derecho de Transformación al establecer en el Art. 21 de la LSDA: “El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra”.

- El Derecho de Reproducción: La Decisión 351, Art. 14 y LSDA 41, entendiéndose este a tenor de lo dispuesto en el Artículo 41 LSDA como:

La reproducción consiste en la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de ella, y especialmente por imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico...

- El Derecho de Oponerse a la Importación de copias ilícitas (Art. 13, d)

- El Derecho de Distribución: Art. 41 de la LSDA, los 2 últimos apartes.

...El derecho de reproducción comprende también la distribución, que consiste en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso. Sin embargo, cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta, el titular del derecho de explotación conserva los de comunicación pública y reproducción, así como el de autorizar o no el arrendamiento de dichos ejemplares.

- El Derecho de Comunicación Pública: esta regulado en el Art. 40 LSDA estipulando:

“Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra, y particularmente mediante:

1. Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier forma o procedimiento.

2. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.

3. La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

4. La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

5. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartes anteriores y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

6. La captación, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.

7. La presentación y exposición públicas.

8. El acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.

9. En fin, la difusión, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Lipzsync (1.993) define el derecho de Reproducción como “el derecho a explotar la obra en su forma original o transformarla mediante su fijación por cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita la comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o parte de ella” (Pág. 79).

Los Estados deben proteger y controlar la reproducción de las obras, objetos del derecho de autor, puesto que “la violación al derecho de reproducción traen como consecuencia que se produzcan un ilícito conocido como piratería...” (Guillermo 2.003:43).

Bajo esta forma podemos encontrar:

- Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones pública de la obra dramática, gramáticos.
- Musicales, literarias y musicales mediante cualquier forma o procedimiento.
- La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas (artículo 40).

Limitaciones al Derecho Exclusivo de Explotación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley sobre derecho autor (LSDA) son comunes las comunicaciones lícitas:

- Las verificadas en el ámbito doméstico siempre que no exista un interés lucrativo.
- Las realizadas confines de utilidad general en el curso de actos oficiales y ceremonia religiosa siempre el público pueda asistir a ellas

gratuitamente y ninguno de los participantes la comunicación perciba una remuneración específica por su intervención en el acto.

- Las ejecutadas con fines exclusivamente científicos y didácticos, el establecimiento de enseñanza, siempre que no haya fines lucrativos.

El Artículo 44 de la ley sobre derecho autor establece que se debe considerar como reproducción lícitas las siguientes:

Son reproducciones lícitas:

1. La reproducción de una copia de la obra impresa, sonora o audiovisual, salvo en el programa de computación que se regirá conforme al numeral 5 de este artículo, siempre que sea realizada para la utilización personal y exclusiva del usuario, efectuada por el interesado con sus propios medios.

2. Las reproducciones fotomecánicas para el exclusivo uso personal, como la fotocopia y el microfilme, siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o a obras agotadas, y sin perjuicio de la remuneración equitativa que deban abonar las empresas, instituciones y demás organizaciones que presten ese servicio al público, a los titulares del respectivo derecho de reproducción. Se equipara a la reproducción ilícita, toda utilización de las piezas reproducidas para un uso distinto del personal que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra.

3. La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos, breves extractos de obras u obras breves lícitamente publicadas, la condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados.

4. La reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos que no tengan fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre

en su colección permanente, para preservar dicho ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

5. La reproducción de una sola copia del programa de computación, exclusivamente con fines de resguardo o seguridad.

6. La introducción del programa de computación en la memoria interna del equipo, a los solos efectos de su utilización por el usuario lícito, y sin perjuicio de su participación al titular del derecho cuando así se haya pactado en el contrato de enajenación del soporte material o en la licencia de uso.

7. La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.

8. La copia de obras de arte efectuada a los solos fines de un estudio.

9. La reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, por medio de un arte diverso del empleado para la elaboración del original.

10. Respecto de los edificios, dicha facultad se limita a la fachada exterior.

2.2.3 Derecho Conexo

Constituyen el sistema de derechos otorgados a los interesados con la finalidad de garantizar los intereses de los artistas; en este mismo orden de idea, Lipzsys (1.993:347) afirma que “para proteger los intereses de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismo de radiodifusión, en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, de toda clase de representación de artistas o

transmisiones al público de acontecimiento, información y sonidos con imágenes”.

La Decisión 351, en el artículo 3 precisa lo que se debe entender por artista, intérpretes o ejecutantes, en este orden de ideas señala Guillermo (2.003:38) “Estos artistas, intérpretes o ejecutantes tienen derechos morales y al igual que los autores son inalienables, inembargable, irrenunciables, imprescriptibles.”

Estos atributos de orden moral son:

- El de vincular su nombre o su seudónimo a la interpretación y
- De impedir cualquier deformación de la misma que ponga en peligro su decoro o reputación (artículo 92 de la LSDA único aparte).

Con respecto a los derechos patrimoniales, la ley reconoce los siguientes:

- Tienen derecho exclusivo de autorizar o no la fijación, la reproducción o la comunicación al público, por cualquier medio procedimiento, de sus interpretaciones o ejecuciones.

- Tienen el derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción de su cronograma así como la importación, distribución al público, alquiler u otra utilización, por cualquier forma o medio, de la conferencia fonogramas.

- Tiene el derecho a percibir una remuneración por la comunicación de fonogramas al público (LSDA artículo 92 encabezado y 97).

2.2.3.1 Productora de Fonogramas

La decisión 351 en el artículo 3 establece las facultades reconocidas a los productores de fonogramas. En este punto Antequera (citado en Guillermo, A. 2.003) destaca a través un análisis conjunto de las normas contenidas en la Ley Sobre Derecho Autor (artículo 95 a 100) y en la decisión de 351 (artículo 37 y 38) señala las siguientes facultades:

- Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de su fonogramas.
- Las impedir la importación de copias del fonogramas, hecha sin autorización del titular.
- La de autorizar o prohibir importación, así como la distribución al público de las copias de sus grabaciones sonoras, mediante de ventas, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público.
- La de autorizar cualquier otra utilización de las copias de su fonogramas.
- La de recibir una remuneración por la comunicación al público de su fonogramas, salvo en los casos previstos en la ley como comunicaciones lícitas.

2.2.3.2 Organismo de Radiodifusión:

Para Antequera (1998:672) “El derecho conexo de los organismos de radiodifusión comprende el de autorizar o prohibir:

- La retransmisión alambica o inalámbricas de la emisión
- La aspiración de la emisión
- La reproducción de la fijación de la emisión.”

De lo que se infiere que el objeto de derecho de los órganos de radiodifusión lo constituye la emisión de la radiodifusión, cuyo fundamento legal lo constituye la Decisión 351 en el artículo 3.

De seguida se pasa a desarrollar los fundamentos teóricos en materia aduanera.

2.2.4 Aduana

Las aduanas han sido definidas como “oficinas públicas encargadas de determinar y aplicar el régimen jurídico al tráfico de mercancías, asignándole

el ejercicio de las funciones de control básicamente operativas. (Asuaje 2002:1).

Para Bielsa, “es el órgano de la administración pública que tiene por principal (no único) objetivo, percibir los derechos fiscales de importación y exportación y hacer cumplir las disposiciones prohibitivas y reglamentarias del comercio internacional.” (citado por Asuaje 2002:1).

En este mismo orden, Moya (2003:322), define “a las aduanas como oficinas públicas nacionales, cuya finalidad primordial es el de controlar el paso de mercancías nacionales o extranjeras que procedentes del exterior, van hacia otros territorios aduaneros o circulan entre diversos puntos de un mismo ámbito geográfico”. Además de encargarse de la recaudación y liquidación de los impuestos establecidos por las exportaciones e importaciones de mercancías.

Siguiendo al mismo autor, las administraciones aduaneras, son las encargadas de ejercer ciertas restricciones en lo que a ingreso, permanencia, movilización y salida de mercancías se refiere, entre las que se destaca:

1. La seguridad del estado y la protección de la moral, salud y el ambiente.
2. Los Intereses Fiscales, mediante el cobro de impuestos y tasas que contribuyen al desarrollo y mantenimiento de los servicios públicos.
3. La política internacional.
4. La protección industrial, al aplicar regulaciones contra la competencia desleal.
5. La protección de los derechos de propiedad intelectual, al impedir el desaduanamiento de bienes que lesionen tales derechos. (Moya 2003:322).

En el marco legal nacional, la Ley Orgánica de Aduana específicamente el artículo 1, párrafo 2, contempla las finalidades de las aduanas, el cual indica que:

“La Administración Aduanera tendrá por finalidad intervenir, facilitar y controlar la entrada, permanencia y salida del territorio nacional, de mercancías objeto de tráfico y de los medios de transporte que los conduzcan, con el propósito de determinar y aplicar el régimen jurídico al cual dichas mercancías están sometidas, así como la supervisión de bienes inmuebles cuando razones de interés y control fiscal lo justifique.”

Finalidad que se traduce en la adecuación de la legislación interna a los parámetros internacionales establecidos en la Organización Mundial de Aduana. La finalidad de la aduana no sólo se limita a la recaudación fiscal, sino que también incluye las funciones de interventor, facilitador y *control del comercio*, función ésta que tiene gran importancia en la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Destacando el control del comercio, las aduanas “constituyen verdaderas barreras que protegen al país en el intercambio comercial de los productos procedentes del exterior, de tal manera que la política aduanera nacional ejercida mediante la potestad aduanera es un excelente mecanismo coadyuvante a la protección económica de la nación, ya que estas políticas bien concebidas y racionalmente bien planificadas protegen y fortalecen a la industria nacional y al comercio nacional legalmente establecido. (Rivas, 2002:187).

2.2.4.1 Clasificación de las Aduanas:

Según el artículo 1 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduana, las aduanas en Venezuela se clasifican en: principales, subalternas y habilitadas.

- **Aduana Principal**

Es la que tiene Jurisdicción en una circunscripción determinada y centraliza las funciones fiscales y administrativas de las aduanas Subalternas adscritas a ella. Estas estarán habilitadas para las operaciones de importación, exportación y transito. Igualmente podrá prestar servicios de trasbordo, cabotaje y bultos postales.

Entre las aduanas principales de la República Bolivariana de Venezuela están: La Guaira, Aérea de Maiquetía, Puerto Cabello, los Llanos Centrales, Las Piedras de Paraguaya, Maracaibo, Guanta, San Antonio del Táchira, Aduana Principal Ecológica de Uairen, Guiría, Maturín, Puerto Ayacucho y la aduana Principal de Mérida.

- **Aduanas Subalternas:** Son las adscritas a una aduana principal habilitada para realizar determinadas operaciones aduaneras dentro de la respectiva circunscripción.

Entre las aduanas subalternas están: Higuerote, Área de la Carlota, Área Metropolitana de Caracas y Área del Centro, Turiamo, Área del Palito, La Vela, Tucacas, Punta Cardon, San Juan de los Callos, Adícora, Puerto de Amuay, Paraguachón, El Vigía, La Chinita y Ureña.

2.2.4.2 Funciones de las Aduanas

Al respecto Rivas (2000), expresa que las aduanas en nuestro país ejercen funciones básicamente operativas, cumpliendo con las normas políticas, directrices e instrucciones emanadas de los distintos órganos de la Administración Pública, para ejercer la Potestad Aduanera.

En este sentido siguiendo a Rivas (2000) a las aduanas se les ha atribuido como funciones principales las siguientes:

Control del Comercio Exterior: La introducción, paso extracción de Mercancías al territorio aduanero nacional debe realizarse a través de una aduana la cual, determinará y aplicará el régimen jurídico a que serán sometidas dichas mercancías.

Recaudación Tributaria: Las aduanas deben determinar y recaudar los tributos aduaneros generados por las operaciones aduaneras realizadas.

Control Sanitario: Las aduanas simultáneamente con funcionarios de Sanidad, deben examinar las condiciones y estado físico de las mercancías al momento de su ingreso, en resguardo de la salud humana, animal y vegetal evitando de esta manera, el ingreso de plagas y enfermedades a este territorio nacional.

Control de Fraude Aduanero: Las aduanas establecen regulaciones para prevenir el fraude aduanero así como la competencia internacional desleal o fraudulenta, el cual genera efectos muy negativos sobre los fines del Derecho Aduanero.

Control de Fraude Comercial: Las aduanas tienen competencia para reprimir el ingreso de mercancías pirata, las cuales contravienen los derechos de propiedad intelectual, este tipo de ilícito causa un grave daño a la economía internacional, a la vez que constituye un peligro dada la baja calidad de las imitaciones.

Gestión de Estadísticas: Es una función de las aduanas llevar los registros del movimiento del comercio exterior a fin de proveer información oportuna, a los fines de llevar las cuentas de balanza de pagos.

2.2.4.3 Potestad Aduanera

La potestad aduanera comprende “el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la autoridad aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte, hacia y desde el territorio aduanero nacional, y para hacer

cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero”. (<http://www.comunidadandina.org/endex>)

En la República Bolivariana de Venezuela, la Potestad Aduanera esta definida en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Aduanas (1999), que establecen:

Artículo 6: La Potestad Aduanera es la facultad de las autoridades competentes para intervenir sobre los bienes a los que se refiere el artículo 7°, autorizar o impedir su desaduanamiento, ejercer los privilegios fiscales, determinar los tributos exigibles, aplicar las sanciones procedentes y en general; ejercer los controles previstos en la legislación aduanera nacional.

El artículo 7, que se cita en el párrafo anterior señala los bienes sometidos a la potestad aduanera, a saber:

1. Toda mercancía que vaya a ser introducida o extraída del territorio nacional;

2. Los bienes que formen parte del equipaje de pasajeros y tripulantes.

3. Los vehículos o medios de transporte, comprendidos sus aparejos, repuestos, provisiones de a bordo, accesorios e implementos de navegación y movilización de carga o de implementos de navegación y movilización de carga o de personas, que sean objeto de tráfico internacional o que conduzcan las mercancías y bienes; así como las mercancías que dicho vehículos o medios contengan, sea cual sea su naturaleza;

4. Las mercancías, medio de transporte y demás efectos cuando sean objeto de tráfico interno en aguas territoriales o interiores, espacio aéreo nacional y zona de control, de almacenes generales de depósitos aduaneros o almacenes libres de impuestos.”

En virtud de la potestad aduanera, corresponde al Jefe de la Administración Aduanera, las atribuciones señaladas en el artículo 5 de la LOA, entre la que destaca, para el desarrollo de la presente investigación el numeral 4 del citado artículo.

“Participar en el tratamiento y determinación de las políticas relativas a comercio exterior, transporte internacional, salvaguardias, propiedad intelectual, medidas sobre agricultura, substancias estupefacientes y psicotrópicas y otras en cuanto afecten directamente la potestad aduanera;” (subrayado nuestro.)

2.2.4.4 Operaciones Aduaneras

Las operaciones aduaneras son un conjunto de actividades de tráfico de mercancías sometidas a la potestad aduanera. El tráfico expresado en la definición, debe entenderse en el buen sentido, como significado de circulación, traslado, movimiento de mercancías. (Rivas, 2000:93)

La Decisión 574 de la Comunidad Andina, la define como: “Toda actividad de embarque, desembarque, entrada, salida, traslado, circulación, almacenamiento y levante de las mercancías objeto de comercio internacional sujeta al control aduanero.”

Es decir, la función de control ejercido por las aduanas se aplica a las mercancías objeto de operaciones de comercio internacional, para Asuaje (2002:19) las operaciones aduaneras “son acto jurídico dirigidos a superar las restricciones al libre tráfico internacional de bienes, impuestas por el Estado en ejercicio de su poder de policía.”

La doctrina contempla tres operaciones aduaneras, a saber:

- Importación: acto jurídico mediante el cual mercancías extranjeras adquieren la nacionalidad del país a las cuales van destinadas con carácter definitivo.

Para Fonseca (1997) la operación aduanera de importación, consiste en un “acto de carácter voluntario y apegado a la normativa legal vigente, mediante el cual el importador introduce al territorio nacional, a título definitivo mercancías extranjeras, para ser consumidas en dicho territorio nacional”.(Pág. 97).

- Exportación: acto jurídico mediante el cual mercancías nacionales o nacionalizadas abandonan el territorio aduanero con destino a otro territorio, a título definitivo.

Siguiendo al mismo autor, al expresar que la operación aduanera de exportación consiste, en un “acto de carácter voluntario, establecido en la normativa legal vigente, mediante el cual las mercancías nacionales o nacionalizadas salen del territorio aduanero nacional, a título definitivo o para ser consumidas en territorio extranjero”. (Pág. 92).

Sólo pueden ser sometidas a las operaciones de exportación las mercancías nacionales o nacionalizadas, entendiéndose que son nacionalizadas aquellos efectos, que siendo originalmente extranjeros, fueron sometidos al proceso de nacionalización y, con ello autorizadas para ingresar libremente al territorio aduanero de destino.

- Tránsito: acto jurídico mediante el cual mercancías extranjeras son trasladadas, bajo control aduanero, de una aduana nacional a otra.

El tránsito no causa modificación alguna de la nacionalidad de las mercancías y su característica principal es la temporalidad, por cuanto no produce ningún efecto jurídico sobre las mercancías a él sometidas.

2.2.4.5 Tributos Aduaneros:

El tributo es la presentación en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines. Es por ello que los tributos aduaneros son los obtenidos con ocasión de la aplicación de los impuestos, tasas y demás derechos aduaneros establecidos en la Ley Orgánica de Aduanas y sus Reglamentos, los cuales conforman la renta aduanera.

Igualmente, la Comunidad Andina los define como: “todos los impuestos, contribuciones y tasas de carácter aduanero. Asimismo, comprende los derechos antidumping o compensatorios, el impuesto sobre las ventas al valor agregado o similares que sean cobrados con ocasión de las operaciones de comercio exterior.” La definición adoptada por la Comunidad Andina incluye además los tributos internos con los que pueden estar gravadas las mercancías.

Moya (2000:200) expresa, que el tributo aduanero es la “prestación comúnmente en dinero que el sujeto activo de la relación tributaria, exige a los particulares en virtud de su poder de imperio y que se encuentran en una situación que la norma establece como generador de tributos aduaneros”.

Otros autores afirman, que los tributos aduaneros son prestaciones monetarias o en especies que el Estado exige de los consignatarios y exportadores, en virtud de lo previsto en la Ley, en aplicación de su poder de imperio, para el cumplimiento de imperio, para el cumplimiento de sus fines.

Por su parte, Rivas (2000:55), define los tributos aduaneros como “prestaciones pecuniarias exigidas por el Estado, por la realización de operaciones aduaneras y por las prestaciones de servicios públicos inherentes a la actividad aduanera”.

Es importante destacar que el Estado a través de la Administración Tributaria Aduanera, percibe ingresos por las actividades de importación, exportación y tránsito de mercancías, recaudados en las aduanas, materializados bajo forma de impuestos, y tasas de servicios aduanales, prestados a los usuarios y exigidos como contraprestaciones de dichos servicios.

2.2.4.6 Desaduanamiento:

La doctrina a definido el desaduanamiento como: “el desaduanamiento, significa la salida de las mercancías o efectos de la aduana, una vez que los mismos han cumplido los trámites respectivos para su nacionalización”. Fonseca (1997:68)

En opinión de Rivas (2000), sostiene que el proceso de desaduanamiento es el control efectuado por la aduana para determinar el régimen jurídico a aplicar a las mercancías para determinar los tributos, para que quien acredite la propiedad pueda disponer de ella.

Siguiendo al mismo autor al afirmar que: “el desaduanamiento surge como el resultado final del proceso mediante el cual, las mercancías son sometidas a la normativa legal vigente por medio de la cancelación pecuniaria del total de los impuestos y tasas exigibles, generados conforme y a satisfacción por parte del Estado, autorizando la entrega de las mismas por parte de la autoridad aduanera, a quien certifique la propiedad de las mismas.”

2.3 Marco Legislativo de la Propiedad Intelectual

Este marco legislativo señala las leyes nacionales, los tratados y convenios internacionales que regulan la materia de Propiedad Intelectual en la República Bolivariana de Venezuela.

- La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, (Art. 98).
- Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Régimen común sobre Propiedad Industrial.
- Decreto N° 150 con Rango y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduana.
- Ley sobre Derecho de Autor de 1993.
- Ley de Propiedad Industrial de 1955.
- Arancel de Aduanas (Decreto Ejecutivo N° 3.679, de fecha 30 de mayo 2.005)
- Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías.
- Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial (1833)
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.
- Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena régimen Común de Protección a los Derecho de Obtentores de Variedades Vegetales.
- Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Régimen Común sobre los derechos de Autor y Derechos Conexos.
- Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC).

Se destacan a continuación algunas de las citadas leyes por tener relevancia directa con el tema de investigación, a saber:

2.3.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contempla los derechos sobre bienes intangibles, específicamente en el capítulo referente a los derechos culturales y educativos en su Artículo 98:

Artículo 98: “la creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.”

Es así como el Estado ha prescrito la concesión de derechos de Propiedad Intelectual sobre los resultados del esfuerzo intelectual.

2.3.2 Ley Orgánica de Aduana

El Decreto N° 150 con rango y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduana, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinaria N° 5.416 de fecha 22 de Diciembre de 1.999, fecha en la cual entró en vigencia, incorporó el título correspondiente a Medidas en Aduanas Sobre Propiedad Intelectual.

Titulo IV. Medidas en Aduanas Sobre Propiedad Intelectual.

Artículo 87: “Las autoridades Aduaneras deberán, a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el

desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte.

El órgano competente en materia de propiedad intelectual podrá solicitar a la autoridad aduanera, mediante acto motivado, el desaduanamiento de las mercancías en cualquier momento, previa presentación de garantías suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, la cual deberá ser fijada por el órgano competente.

Las autoridades aduaneras notificarán al propietario, importador o consignatario de la mercancía cuestionada, la retención de la misma”.

Artículo 88: las autoridades aduaneras, conjuntamente con las oficinas competentes en materia de propiedad intelectual, establecerán servicios de información que permitan el cumplimiento de las anteriores disposiciones.

2.3.3 Arancel de Aduanas (Decreto Ejecutivo N° 3.679, de fecha 30 de mayo 2.005)

Artículo 15. Se prohíbe en todo el Territorio Nacional la importación y tránsito de mercancías que violen los derechos de propiedad intelectual.

2.3.4. Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos De Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías.

Artículo 1. Objeto. La presente Providencia tiene por objeto regular las actuaciones a seguir por los titulares de cualquier derecho de propiedad intelectual validamente reconocido y, por

los funcionarios de la Administración Aduanera y Tributaria, ante la presunción de la violación de los derechos de propiedad intelectual.

Artículo 2. Alcance de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Los derechos de Propiedad Intelectual y su titularidad se entenderán conformes con lo establecido en la legislación internacional sobre la materia y en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por la República, a los cuales se ceñirá la actuación de la Administración Aduanera y Tributaria en todo lo no previsto en esta Providencia y comprenden entre otros, el derecho de autor y los derechos conexos, los signos distintivos tales como las marcas de fábrica o de comercio; las indicaciones geográficas; las patentes de invención; los diseños, dibujos o modelos industriales; los modelos de utilidad; los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados; y la protección de la información no divulgada o secretos industriales.

Artículo 3. Titulares de Derechos de Propiedad Intelectual.

Los titulares de derechos de Propiedad Industrial comprenden a las personas naturales o jurídicas que la Ley les reconoce un derecho de autor, un derecho conexo, o un derecho de Propiedad Industrial; así como los derechohabientes de estos.

Artículo 4. Intervención de la Administración aduanera y Tributaria.

La Administración Aduanera y Tributaria intervendrá cuando se detecten mercancías que violen o puedan vulnerar derechos de Propiedad Intelectual:

1. En el Control Inmediato.
2. En Zonas Francas, Zonas Libres y Depósitos Aduaneros. Y
3. En actividades de control posterior.

Artículo 5. Control aduanero a solicitud de parte interesada.

Los titulares de los derechos de Propiedad Intelectual indicados

en esta providencia, que tengan motivos válidos para sospechar que se efectuará o se ha efectuado la importación o tránsito de mercancías que lesionen su derecho de Propiedad Intelectual, podrán solicitar a la Intendencia Nacional de Aduanas o a la Aduana correspondiente, la retención preventiva de dichos bienes. A tal fin, se deberá dar cumplimiento a las Normas sobre la Observancia de la Propiedad Intelectual en Frontera establecidas tanto por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), como por la Decisión 486 de la Comunidad Andina por la que se establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Artículo 6. Comprobación de la licitud de las mercancías. A los fines de comprobar la licitud de las mercancías presuntamente violatorias de derechos de propiedad intelectual, la autoridad aduanera podrá exigir al consignatario aceptante la autorización emitida por el titular del derecho, bien sea la cesión de derechos, la licencia de reproducción, el contrato de distribución o contrato de venta.

Se exceptúa de esta obligación a los responsables del tránsito aduanero nacional, en los casos de que se trate de transportistas o prestadores de servicios conexos, que actúan en virtud de un contrato de transporte internacional, sin perjuicio de lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas.

Artículo 7. Retención o aprehensión de mercancías. En ausencia de la presentación de la documentación exigible, los funcionarios actuantes procederán de conformidad con las normas establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas, sobre las infracciones aduaneras, reteniendo o aprehendiendo las

mercancías, según sea el caso, previo levantamiento del acta en la cual consten los pormenores de la actuación fiscal.

Artículo 8. Notificación y plazo para accionar. La retención se notificará al presunto infractor y al titular del derecho si fuere posible, a más tardar el día siguiente hábil de efectuada la misma. Ambos tendrán un plazo de diez (10) hábiles para iniciar las acciones que consideren pertinentes.

Artículo 9. Inacción. Si en el tiempo señalado en el artículo anterior, tanto el titular del derecho como el presunto infractor, no ejercen ninguna acción en defensa de sus derechos, se procederá al comiso de las mercancías.

Artículo 10. Destino de los productos decomisados. Dados los supuestos previstos en los artículos anteriores, se ejecutará el comiso de las mercancías a los fines de su destrucción, salvo aquellos productos que puedan ser destinados a donaciones, luego de ser despojados de cualquier signo distintivo o diseño cuya titularidad corresponda al afectado.

Artículo 11. Prohibición de cambio de régimen. No se permitirá que las mercancías cuestionadas se reexporten en el mismo estado, ni se sometan a un régimen o procedimiento aduanero distinto, ni ser objeto de remate.

Artículo 12. Excepciones. Se excluirá del procedimiento establecido en esta Providencia los bienes que ingresen al territorio aduanero nacional en cantidades y valores que no tengan carácter comercial y que formen parte del equipaje de los viajeros.

Las normas aquí establecidas se aplicarán sin perjuicio de las facilidades previstas para las importaciones de libros, documentos y publicaciones impresas, especificados en los Anexos al Acuerdo de Florencia y al Protocolo de Nairobi.

Artículo 13. Recursos. El consignatario o responsable del tránsito, según sea el caso, podrá ejercer el derecho a interponer los recursos administrativos o judiciales establecidos en la legislación nacional.

Artículo 14. Registro de Importadores. A los fines del control aduanero y la facilitación del despacho de las mercancías de lícito comercio relacionadas con derechos de Propiedad Intelectual, se creará un Registro de Importadores de Bienes de Propiedad Intelectual, que se organizará con la participación de las Cámaras y Asociaciones que agrupan a los titulares de Derechos de Propiedad Intelectual.

La Intendencia Nacional de Aduanas establecerá las medidas necesarias para implementar el Registro de Información a que se refiere el presente artículo.

2.3.3. Decisión 486 de la Comunidad Andina.

En el marco de la Comunidad Andina, destaca la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Régimen común sobre Propiedad Industrial. La CAN, compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, aprobó el nuevo régimen común sobre Propiedad Industrial entró en vigencia a partir del primero de diciembre del 2000 en sustitución de la Decisión 344.

La Decisión 486 en consideración a la Secretaría General de la CAN “es un importante instrumento comunitario que reforzará la capacidad negociadora andina en sus relaciones con terceros países...” (<http://www.comunidadandina.com/prensa>)

La Decisión 486, establece normas en materia de patentes de invención, diseños industriales, marcas, denominación de origen,

competencia desleal, adopta dentro de su normativa elementos sustantivos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), entre los que destaca la Observancia de las *medidas en frontera*, las cuales serán analizadas en el capítulo correspondiente a tales medidas por tener esta normativa aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.3.4 El Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC).

El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) contiene en uno de sus anexos, específicamente el Anexo 1C el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

La doctrina coincide en afirmar, que el ADPIC es hoy en día el acuerdo multilateral sobre Propiedad Intelectual mas acabado y completo, basándose en el hecho de que los anteriores acuerdos internacionales sobre Propiedad Intelectual no incorporaban mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos previstos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

El ADPIC establece principios básicos para la protección de la Propiedad Intelectual, normas o estándares mínimos de protección, *disposiciones de observancia*, disposiciones para la adopción y mantenimiento de los derechos de Propiedad Intelectual y un mecanismo de prevención y solución de diferencias.

Respecto a los estándares mínimos de protección que deben ser concedidos por cada Miembro en la materias de Propiedad Intelectual cubiertas por el Acuerdo son: Derecho de Autor y derechos conexos, marcas (incluyendo las marcas de servicios), indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, esquemas de trazado de circuitos integrados.

Asimismo, el ADPIC define las principales violaciones a los derechos de propiedad en la Nota 14, a saber:

Mercancía Falsa: mercancía, incluyendo su acondicionamiento, en las que figure sin autorización una marca de fábrica o comercial idéntica a la marca de fábrica o comercial registrada de forma válida para los mismos tipos de mercancías, o que no puedan distinguirse en sus aspectos esenciales de esta marca de fábrica o comercial y que por tanto vulneren los derechos del titular de la marca.

Mercancía Pirata: mercancías que son o que contienen copias fabricadas sin el consentimiento del titular de los derechos intelectuales, o de una persona debidamente autorizada por el titular en el país de producción cuando la realización de estas copias vulneren los derechos en cuestión.

El establecimiento de las disposiciones de observancia por parte del ADPIC es un punto de gran importancia para la investigación planteada, a continuación se enfatiza sobre la misma.

2.3.5 Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual

Es de destacar que las dos únicas disposiciones previstas en acuerdos internacionales antes del ADPIC en materia de observancia fueron las normas previstas en el Convenio de Berna para la Protección de las obras Literarias y artísticas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. (Rodríguez. 2004:653).

En este sentido, el convenio de Berna prevé en su artículo 13.1.3 lo siguiente:

"Las grabaciones hechas en virtud de los párrafos 1) y 2) del presente artículo e importadas, sin autorización de las partes

interesadas, que un país en que esta grabaciones no sean lícitas, podrán ser decomisadas".

El artículo 16 de este convenio otorgó mayor importancia a la observancia de los derechos de propiedad intelectual el cual señala: "Toda obra falsificada podrán ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal (...)

Referentes a las disposiciones de observancia, estas se encuentran en la parte III del Acuerdo que a decir de Vignoly Palop (1997:48) "En esta parte se establecen una serie de obligaciones destinadas a una eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual, obligaciones que deberán observar cada Estado frente a los demás Estados miembros, pudiéndose recurrir al sistema de solución de diferencias en caso de falta de implementación por algún Estado miembro."

La parte III del Acuerdo ADPIC, bajo el epígrafe de observancia de los derechos de Propiedad Intelectual esta dividida en 5 secciones:

- Sección 1ª Obligaciones Generales.
- Sección 2ª Procedimientos y Recursos Civiles y Administrativos
- Sección 3ª Medidas Provisionales
- Sección 4ª Prescripciones Especiales Relacionadas con las *Medidas en Frontera*.
- Sección 5ª Procedimientos Penales.

Siguiendo al autor antes citado, éste destaca que: "el objeto de la parte III de dicho acuerdo es la introducción de unos principios generales de derechos y de garantías en los procedimientos existentes en cada Estado Miembro, y siempre que ello se recojan no se incumple el acuerdo, no siendo un fin del acuerdo armonizar las diferentes leyes procedimentales existentes

en el área del cumplimiento de los derechos de Propiedad Intelectual.” (1997:49).

El artículo 41,1, correspondiente a la parte III, conforma el primer artículo de la observancia de los derechos de Propiedad Intelectual, haciendo referencia a las obligaciones generales para los Estados miembros, al señalar:

“Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso”.

Se deriva de dicho artículo, en opinión del autor Rodríguez (2004:655) “En consecuencia, todos los Países deben disponer en sus legislación nacional de procedimientos adecuados que faciliten el cumplimiento y ejercicio de las medidas que les corresponda a los titulares de derechos, basados en los recursos civiles y administrativo; la medidas provisionales las medidas fronteras y los procedimientos penales previstos en el acuerdo”.

La observancia de los derechos de Propiedad Intelectual implica necesariamente el respeto a las garantías constitucionales y de los principios procesales elementales como son: juez natural, legalidad, debido proceso, etc. (Prado, 2004:647).

Los procedimientos de observancia se aplicaran de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y deberán prever salvaguardias contra su abuso, deberán además ser justos y equitativos. No

serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportaran plazos injustificables o retrasos innecesarios (Art. 41.1, 2).

Dentro de la observancia de los derechos de propiedad intelectual se encuentran las *medidas en fronteras* las cuales serán analizadas en capítulo correspondiente, la cual conforma el punto central de la investigación.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Objetivo General: Analizar la aplicación de las medidas en frontera en la República Bolivariana de Venezuela, desde 1998 hasta el 2005.

Objetivos específicos	Variables	Dimensión	Indicadores	Instrumentos	Fuente
Identificar el marco regulatorio de la propiedad intelectual.	Importancia de la propiedad intelectual	El comercio internacional	* Regulación del intercambio de bienes intangibles * Contribución al desarrollo socioeconómico * Garantías a los titulares del derecho.	Análisis de contenido	* Convenios y tratados Internacionales. * Sistema Jurídico interno de Venezuela en materia de propiedad intelectual
Determinar la vinculación existente entre la Propiedad intelectual y las operaciones aduaneras.	Vinculación entre Propiedad Intelectual y el sistema aduanero	* Legislación nacional e internacional * Políticas Gubernamentales	* Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. * Medidas de Frontera * Estrategias del Estado Venezolano en virtud de la protección los Derechos de Propiedad Intelectual	Registro de Observación	* Convenios y tratados Internacionales. * Sistema Jurídico interno de Venezuela en materia de propiedad intelectual.
Describir los procedimientos establecidos en la legislación nacional e internacional para impedir el ingreso de mercancías violatorias de la Propiedad Intelectual en los circuitos legítimos comerciales.	Procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.	* Legislación nacional e internacional	* Procedimiento para la Suspensión del despacho en aduana.	Análisis de Contenido	* Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). * Ley Orgánica de Aduana. • Sistema automatizado SIDUNEA. * Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito de Mercancías.
Comparar la normativa de la República Bolivariana de Venezuela con la República de Panamá en la protección de los derechos de propiedad intelectual en aduana.	Normativa referente a Medidas en Frontera	Legislación internacional	Aspectos legales compatibles con lo establecido en el ADPIC. Incorporación en las Legislaciones Internas, Factores que inciden en la observancia de los Derecho de Propiedad Intelectual.	Análisis de contenido	Leyes relacionada con la propiedad intelectual y la Aduanas, de la República de Panamá Reglamentos y disposiciones legislativas sobre la materia

Fuente: Cueto, R. (2005)

CAPITULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

El marco metodológico comprende la concepción práctica y concreta para responder a las preguntas de investigación aplicadas al contexto particular de estudio. Se corresponde con el diseño del plan, las estrategias y el programa a seguir para llevar a cabo la investigación.

3.1. Tipo de Investigación

Tal como se menciona en el Capítulo I, esta investigación pretende analizar la aplicación de las *medidas en frontera* en la República Bolivariana de Venezuela, clasificando dicho trabajo en el marco de la investigación documental de tipo analítico debido a que la estrategia utilizada para realizarla parte fundamentalmente de una revisión de documentos publicados, la mayor parte de los cuales aparecen en internet por ser éste un tema novedoso y poco tratado a nivel doctrinario.

3.2. Diseño de Investigación

De acuerdo a los objetivos expuestos esta investigación es de tipo analítico, ya que se parte de la totalidad de los componentes de la investigación y se desglosan en sus partes para comprender su esencia; posteriormente se procederá a interpretar la interrelación que existe entre ellas para estudiarlas nuevamente como unidad. En este caso se utiliza el análisis de contenido, que se propone examinar los procedimientos establecidos en la legislación nacional y en los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, a los fines de aplicar las *medidas en fronteras* y asimismo el método comparativo para poder integrar los elementos en un todo.

Según Bunge (1981:p.269), citado por Hurtado (1998), la investigación analítica “intenta descubrir los elementos que componen la totalidad y las conexiones que explican su integración propicia el estudio y la comprensión mas profunda del evento en estudio”.

Unidad de Análisis

Para Hurtado la unidad de análisis “...consiste en desintegrar o descomponer una totalidad en sus partes”, para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos y las relaciones de estos elementos entres si y con la totalidad, a fin de comprender la naturaleza del evento. En el presente trabajo de investigación la unidad de análisis son las medidas en fronteras contempladas en los Tratados Internacionales, y su incorporación en la normativa aduanera venezolana.

Fuentes y Técnicas para la Recolección de Datos

Para definir las fuentes y técnicas de recolección de datos de la información se analizarán los objetivos de la investigación y la definición operacional de las variables objetos de estudio. Se emplearán instrumentos para la recolección y análisis de los datos, que hagan posible la obtención y organización de los resultados. La recolección de datos proviene principalmente de instrumentos legales y documentos electrónicos (internet) ya que el tema objeto de estudio es innovador y existen pocas publicaciones o libros que se relacionen directamente con el tema.

En la observación documental, Tamayo (2000), aplica el siguiente concepto:

Es la más común en las técnicas de investigación; la observación sugiere y motiva los problemas y conduce a la necesidad de la sistematización de los datos. La observación científica debe trascender una serie de limitaciones y obstáculos los cuales podemos comprender por el subjetivismo, el etnocentrismo los

perjuicios, la parcialización, la deformación, la emotividad etc. Se traducen en la incapacidad de reflejar el fenómeno objetivamente. (p.121).

Para la aplicación de la observación documental es necesario hacer uso de otras técnicas como resumen analítico y análisis crítico a través de una serie de técnicas operacionales en el manejo de las fuentes documentales entre las que destacan: el subrayado, las citas, el fichaje y la entrevista (personal).

Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos

El procesamiento de los datos se llevará a cabo mediante el método de análisis de la fuente de información antes mencionada con base al conocimiento adquirido por la investigadora y en el conjunto de teorías que sustentan la investigación.

El análisis de la información se realizará tomando en cuenta el aspecto cualitativo que se refiere al análisis documental de contenido teórico, que se llevó a cabo para poder reconocer la naturaleza y elementos resaltantes referentes a las aplicación de las medidas en fronteras en la República Bolivariana de Venezuela.

Los datos serán procesados de la siguiente forma: verificación de los datos, selección, ordenamiento y clasificación, posteriormente, se procederá a realizar el análisis, usando como técnica el fichaje, el subrayado.

El análisis de la información se llevará a cabo tomando en cuenta los objetivos específicos planteados en la investigación, con el propósito de responder a las interrogantes formuladas en el planteamiento del problema. En la etapa final se procederá a aplicar el método comparativo documental para extraer las conclusiones que sean pertinentes para este trabajo.

CAPÍTULO IV

4. Propiedad Intelectual y Comercio Internacional

Este capítulo tiene por finalidad establecer la importancia de la propiedad intelectual en el comercio internacional, así como la relación que existe entre propiedad intelectual y Aduana, destacando la función de control aduanero en materia de propiedad intelectual, señalando las funciones de las distintas organizaciones internacionales en la protección de los derechos de propiedad intelectual en aduana.

4.1 Importancia de la Propiedad Intelectual en el Comercio Internacional.

El comercio internacional se encuentra íntimamente relacionado con la Propiedad Intelectual, porque actualmente un gran porcentaje de los bienes y servicios que participan en él poseen un alto valor agregado de carácter inmaterial o intelectual.

Por esta razón se ha reconocido la gran importancia de la existencia de un sistema fuerte de protección de la propiedad intelectual en los países que forman parte del comercio internacional hasta el punto de considerar que una protección inadecuada o inefectiva constituye una barrera para el comercio internacional. (Zuleta, 1989:23)

La vinculación entre la propiedad intelectual y el comercio internacional fue fundamentada por algunos países industrializados en la etapa preparatoria de la Ronda Uruguay y más particularmente, una vez iniciada esa Ronda. Así, de acuerdo con uno de los documentos de discusión “el esfuerzo intelectual incorporado a las mercancías constituye parte de su propio valor, de la misma forma que si se tratara de un insumo material. La

insuficiencia o ineficacia de la protección de los elementos intangibles del valor de una mercancía tiene los mismo efectos perjudiciales en el comercio internacional que tendría la falta de protección de los derechos de propiedad de las mercancías físicas”.

El grado de protección y observancia de los Derechos de Propiedad intelectual varia considerablemente en los distintos países del mundo y a medida que la propiedad intelectual fue adquiriendo mayor importancia en el comercio, esas diferencias se convirtieron en una fuente de tensiones en las relaciones económicas internacionales.

Así pues, se consideró que la manera de que hubiera más orden y previsibilidad y se pudieran resolver más sistemáticamente las diferencias era establecer nuevas normas comerciales internacionalmente convenidas en la esfera de los derechos de Propiedad Intelectual, por ejemplo el ADPIC (<http://www.wcoomd.org>).

En la medida que los bienes protegidos por la Propiedad Intelectual alcanzaron la importancia significativa que tienen en el comercio internacional, igualmente se registraban un incremento en el comercio de mercancías infractoras de los derechos de propiedad intelectual como las mercancías falsificadas y piratas.

En este sentido, varios autores destacan: “Es ampliamente conocido que uno de los tres factores que incidió de manera definitiva en la inclusión de los derechos de propiedad intelectual en el plano de las negociaciones internacionales de comercio, fue el incremento de la piratería, los otros dos fueron la globalización de la economía y el acelerado desarrollo de la tecnología, que hicieron necesarios establecer niveles mínimos de protección para remover los obstáculos al comercio legítimo.” (Mónica Torres citada en <http://www.wopi.org/public>).

4.2. Propiedad intelectual y Aduana

En el capítulo correspondiente a las aduanas se destacó la función que a éstos se les han asignado en el ámbito internacional como es la *de control del fraude*, específicamente el control de las mercancías falsificadas o piratas.

Al tratarse de la función de control el autor Ponce ha resaltado que: “hoy la aduana a debido asumir otra actitud frente a las mercancías protegida por el Derecho Autoral o la Propiedad Industrial: la del control. (2001:69).

En este mismo sentido y siguiendo al mismo autor destaca el compromiso de las aduanas con la comunidad internacional, al afirmar que:

“De hecho, el nuevo entorno económico conllevó para la aduana la necesidad de asumir nuevos compromisos con el país y la comunidad internacional, ya que en la lucha contra el crimen organizado, como el lavado de activos; ya en la protección de la salud humana, animal y vegetal, a través de los controles sanitarios sobre los alimentos del exterior; en la protección de las especies en vía de extinción; en fin y ahora la Protección de la Propiedad Intelectual.”

El control de las aduanas en las mercancías infractoras de los derechos de propiedad intelectual como son la falsificación y la piratería es un control que le interesa al Estado, ya que al permitir que las mercancías infractoras entren al circuito comercial trae consecuencias desfavorables para la industria, desorganización de los mercados incidencias sociales, riesgos para el consumidor, destacando que los tributos aduaneros es inferior a la que corresponde por mercancías legítimas.

4.3. Control de la Propiedad Intelectual en las Aduanas de la República Bolivariana de Venezuela.

Venezuela por ser miembro de la Organización Mundial de Aduana (OMA) y del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), tiene la obligación de ejercer controles sobre las mercancías susceptibles de lesionar los derechos de propiedad intelectual, a través de la adopción de un conjunto de medidas que deben ser implementadas por las distintas autoridades aduaneras.

El “control aduanero” comprende, según el glosario de términos de la Organización Mundial de Aduanas, el conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de las aduanas.

Por tal motivo, las aduanas deben aplicar adecuadamente un sistema de leyes y reglamentos, que permita regular y controlar todos los movimientos internacionales. Dichas normas, subjetivas y adjetivas, deberán ser aplicadas tanto a las obligaciones fiscales implicadas en el intercambio comercial internacional de mercancías y personas, como a las prohibiciones y restricciones aplicables a las mercancías, personas y medios de transporte.

Según lo señalado en el informe de la OMA sobre Control Aduanero, las administraciones aduaneras deben aplicar eficaz y rentablemente los controles mediante la implementación de las técnicas de **gestión de riesgo**, entendiéndose como, “la aplicación sistemática de prácticas y procedimientos de gestión que proporciona a la aduana la información necesaria para manejar los intercambios y/o que presenta riesgo a las administraciones aduaneras. (<http://www.wcoomd.org/conveniodekyoto>).

Esta gestión de riesgo, consiste en determinar los sectores más sensibles en el control aduanero, con la finalidad de ejercer las medidas pertinentes para minimizar los factores que influyen en la ejecución de los controles aduaneros, la gestión de riesgo es aplicable a la Propiedad Intelectual en las aduanas venezolanas, como se desarrollara más adelante en este capítulo.

Los controles aduaneros deben, por tanto, ser los mínimos indispensables, por tal motivo, el Anexo General del Convenio de Kyoto sobre el Control Aduanero, señala que:

“La aplicación del principio de los controles aduaneros permitirá a la Aduana: concentrarse en las áreas de alto riesgo, y por lo tanto, mejorar la rentabilidad de los recursos disponibles; detectar con mayor facilidad las infracciones y la situación irregular de comerciantes y viajeros; ofrecer mayores facilidades a los comerciantes y viajeros que cumplen con la ley, y acelerar la circulación de mercancías y personas.”

Principios estos que son aplicables al control del fraude comercial que se analizaran posteriormente en este capítulo.

Sin embargo, la aplicación de control del fraude comercial, (piratería y falsificación) conforma uno de los problemas específicos que confrontan las aduanas, ya que la mayoría de las administraciones aduaneras carecen de los instrumentos legales y de la tecnología adecuada para ejercer la función de control sobre las mercancías que llevan incorporados derechos de propiedad intelectual.

Con respecto a la tecnología adecuada para la aplicación del control del fraude comercial se ha implementado un sistema conocido como SIDUNEA, el cual será tratado someramente, más adelante en este capítulo, con la finalidad de señalar como este influye en la selección de las sometidas a control.

El control aduanero, comprende tres fases fundamentales, corresponden a los tipos de controles aceptados en el ámbito subregional, contempladas en el artículo 4 de la Decisión 574 de la Comunidad Andina, las cuales de seguida se desarrollaran.

4.4. Etapas o fases del control aduanero

a) Control anterior, es el ejercido por la administración aduanera, en ejercicio de la potestad aduanera, antes de la admisión de la declaración aduanera de mercancías.

El cual se efectuara a través de acciones diversas acciones que serán ejercidas por las aduanas:

a) Acciones de investigación de carácter general:

Sobre determinados grupos de riesgo y sectores económicos sensibles;

Sobre determinados operadores del comercio;

Sobre determinadas clases de mercancías; o,

Sobre mercancías procedentes de determinados países.

b) Acciones de investigación directa:

i. Sobre antecedentes en poder de la administración aduanera relativos al consignatario, al importador o exportador de las mercancías, a las personas que intervengan en la operación como intermediarios o representantes;

ii. Sobre la información contenida en los manifiestos provisionales y manifiestos definitivos;

iii. Sobre los medios de transporte;

iv. Sobre las unidades de carga; o,

v. Sobre las mercancías descargadas.

c) Acciones de comprobación, vigilancia y control:

i. Del medio de transporte y de las unidades de carga;

- ii. De las mercancías mientras éstas permanezcan a bordo del medio de transporte;
- iii. De la descarga de la mercancía y del resultado de la descarga, de acuerdo con el manifiesto; o,
- iv. De las mercancías durante su traslado y permanencia en almacén temporal o en depósito autorizado.

b) Control durante el despacho, es el ejercido desde el momento de la admisión de la declaración por la aduana y hasta el momento del levante o embarque de las mercancías.

En la operación de importación, el control durante el despacho es el ejercido desde el momento de la admisión de la declaración hasta el momento de la autorización del levante de la mercancía.

Así, en la exportación, el control durante el despacho es el ejercido desde el momento de la admisión de la declaración hasta el momento del embarque y salida de la mercancía y del medio de transporte del territorio aduanero.

Dicho control tendrá lugar mediante actuaciones realizadas por la administración aduanera sobre la mercancía, sobre la declaración y, en su caso, sobre toda la documentación aduanera exigible e incluye la totalidad de las prácticas comprendidas en el reconocimiento, comprobación y aforo.

Control Selectivo durante el Despacho

Las autoridades aduaneras podrán aplicar a los Documentos Únicos Aduaneros (DUA) presentados para el despacho de mercancías acogidas a los diferentes regímenes aduaneros, un control selectivo basado en criterios de gestión del riesgo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24 y 25 de la Decisión 574 y sus normas reglamentarias.

Cuando las autoridades aduaneras utilicen criterios de análisis de riesgo en la elección de las acciones de control que deban ejercer, podrán autorizar el aforo, y levante directo de las mercancías sin someterlas a comprobación documental ni a reconocimiento físico.

El cual es tomado en cuenta en el control aplicado mediante SIDUNEA, como se verá más adelante.

c) Control posterior, el ejercido a partir del levante o del embarque de las mercancías despachadas para un determinado régimen aduanero.

Las administraciones aduaneras podrán realizar acciones de control posterior con objeto de comprobar:

a) La exactitud de los datos declarados relativos a las operaciones amparadas en uno o más DUA presentados por un declarante durante un determinado periodo de tiempo;

b) El cumplimiento de los requisitos exigidos a mercancías importadas mientras permanezcan bajo un régimen de perfeccionamiento activo o de importación temporal; y,

c) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías importadas al amparo de uno de los demás destinos aduaneros o con la exención de tributos.

Las administraciones aduaneras constituirán unidades de control posterior integradas por funcionarios con conocimientos y experiencia en materia aduanera, fiscal, de comercio exterior, contable y de auditoria.

De los tipos de controles ejercidos por las administraciones aduaneras, el que obtiene mayor relevancia en la protección de los derechos de propiedad intelectual, lo constituye *el control durante el despacho*, también reconocido como control del fraude comercial, sin retarle importancia al

control anterior y al control posterior, puesto que todos ellos coadyuvan a los controles ejercidos en materia de Propiedad Intelectual sean aplicados eficaz por las administraciones aduaneras. (Cueto, R.).

Por lo antes explicado, las autoridades aduaneras necesitan contar con los mecanismos necesarios para poder detectar las posibles infracciones que se puedan dar como resultado de las transacciones comerciales internacionales. En consecuencia, como resultado de las exigencias atribuidas al control aduanero desde el ámbito internacional, los Estados miembros de la OMA han emprendido un proceso de *modernización y sistematización* de sus aduanas, con la finalidad de ejercer efectivos controles sobre las mercancías objeto de operaciones aduaneras y en especial de la propiedad intelectual, fomentando de esta manera la lucha contra el fraude comercial.

4.4.1. Control Aduanero en el Procedimiento Sistematizado

Como se indico anteriormente, para facilitar las funciones atribuidas a las aduanas en relación al control del fraude comercial, se ha implementado, a nivel internacional, algunos sistemas automatizados. En Venezuela, como ejemplo de la aplicación de sistemas automatizados, destaca el Sistema Aduanero Automatizado (SIDUNEA), definiéndolo como: “la herramienta informática para el control y administración de la gestión aduanera, desarrollada por La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo UNCTAD, y que actualmente es usada con éxito en más de 80 países” (<http://www.seniat.gov.ve>).

SIDUNEA se puede configurar de acuerdo a las características nacionales de cada régimen aduanero, al arancel nacional y a la legislación de cada país, además de implementar los estándares internacionales para procesar los datos de comercio exterior ya acordados por la Organización

Mundial de Aduanas (WCO) y por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO). (<http://www.aduanas.com.ve>).

4.4.2. Procedimiento Sistematizado en Venezuela

A continuación se indicará el procedimiento sistematizado aplicado por las aduanas, con la finalidad de resaltar las acciones que ha implementado las aduanas venezolanas en materia de Propiedad Intelectual.

El importador, exportador o el agente de aduana solicitan la destinación aduanera de los Regímenes mediante transmisión electrónica a la Aduana, utilizando la firma electrónica que le ha sido asignada.

- Para el caso de los regímenes de salida, antes que el agente de aduana transmita los datos de la declaración, debe ingresar la mercancía a los almacenes, el mismo que efectuará la transmisión electrónica de bultos y peso y para contenedores peso, número de contenedor y precintos, salvo en los casos que se solicite el reconocimiento físico en el local del exportador.

- El sistema adicionalmente debe validar en los regímenes de ingreso, el Número y año del Manifiesto, N° del B/L.y N° de detalle, procediéndose al datado automático del manifiesto. Asimismo debe validar los datos del Informe de Verificación: Valor, unidades físicas y comerciales, así como los datos de los regímenes precedentes y de aplicación para los casos que corresponda. Además en los regímenes de Admisión y Exportación Temporal se validará el Cuadro de Insumo Producto.

- De ser conforme el envío electrónico, el sistema genera automáticamente el número y código de barras de la declaración, así como la respectiva liquidación de tributos, de corresponder, enviándose dichos datos al importador, exportador o al agente aduanal con la indicación del canal seleccionado (**verde / rojo**); caso contrario, se comunica vía electrónica los motivos del rechazo para las correcciones pertinentes. Las características de cada canal son:

1. **Canal Verde:** Las Declaraciones seleccionadas a este canal no requieren de revisión documentaria, ni reconocimiento físico. El consignatario, exportador o remitente mantiene en archivo los documentos originales y la Declaración, cuyos datos deben coincidir con la información registrada en el Sistema. Quedando a criterio de la Aduanas realizar las acciones de fiscalización posterior (control posterior).

2. **Canal Rojo:** Las Declaraciones seleccionadas a este canal, están sujetas a **Reconocimiento Físico obligatorio**, determinándose en cada Intendencia el porcentaje de las Declaraciones sometidas a selección aleatoria en promedio mensual.

En caso de las declaraciones seleccionadas a canal rojo, en el horario establecido por Aduanas, el consignatario, exportador o remitente deberán presentar, en un sobre contenedor, la DUA y los documentos originales correspondientes al régimen para efecto del reconocimiento físico.

Reconocimiento Físico

Como se indico anteriormente están sujetas a reconocimiento físico las declaraciones seleccionadas a **canal rojo**.

El Despachador de Aduana, consignatario o exportador debe presentarse en el local de almacenamiento para que el funcionario reconecedor designado por el sistema efectúe el reconocimiento físico de las mercancías, revise la Declaración y compruebe que sea conforme a los documentos originales del despacho, verificando que el adeudo se encuentre cancelado o afianzado según corresponda. En caso que los documentos no concuerden con lo declarado o con la mercancía reconocida, se suspende el despacho, notificándose al despachador y devolviéndole los documentos para que subsane la observación. En caso de mercancías restringidas, el

Especialista verifica la conformidad de la Autorización Especial emitida por la entidad competente según el tipo de mercancía.

Cuando las mercancías requieren análisis químico se procede a la extracción de la muestra y remisión de ésta al laboratorio, sin interrumpir el despacho.

En este sentido, es necesario destacar la posición adoptada por el Superintendente del SENIAT, quien ha declarado en los medios de comunicación, “en el marco de la lucha contra los ilícitos aduaneros en materia de propiedad intelectual (piratería y falsificación), he girado las instrucciones precisas para que toda las mercancías que lleven susceptibles de lesionar derechos de propiedad intelectual, la declaración deberá corresponder al **canal rojo**, es decir estarán sometidas a un riguroso reconocimiento físico obligatoriamente”.

En este mismo orden, el Gerente de la Aduana Marítima de la Guaira, corrobora las estrategias aplicadas en materia de control del fraude comercial en materia de propiedad intelectual al afirmar que:

“Desde el punto de vista del Sistema Automatizado (SIDUNEA), hay un criterio de selectividad donde las mercancías, que deban cumplir con determinados requisitos legales, estarán sometidas al canal rojo, lo que indica que hay un reconocimiento físico por parte de los funcionarios reconocedores de mercancías, y se ha instruido a que ese acto de reconocimiento sea exhaustivo de manera de verificar que todas las mercancías cumplan con los requisitos legales y que tengan a demás las características de originales y no copia o simulaciones de productos originales”. (R. Jáuregui, entrevista personal, Abril 22, 2005).

4.5. Impacto económico de las Infracciones a los derechos de Propiedad Intelectual.

En este punto, resulta necesario indicar los perjuicios que causan los ilícitos en materia de propiedad intelectual al país, destacando que en materia de violaciones a la propiedad intelectual en aduanas no existen estadísticas oficiales confiables relacionadas con el tráfico de mercancías violatorias de los derechos de propiedad intelectual en las operaciones de comercio.

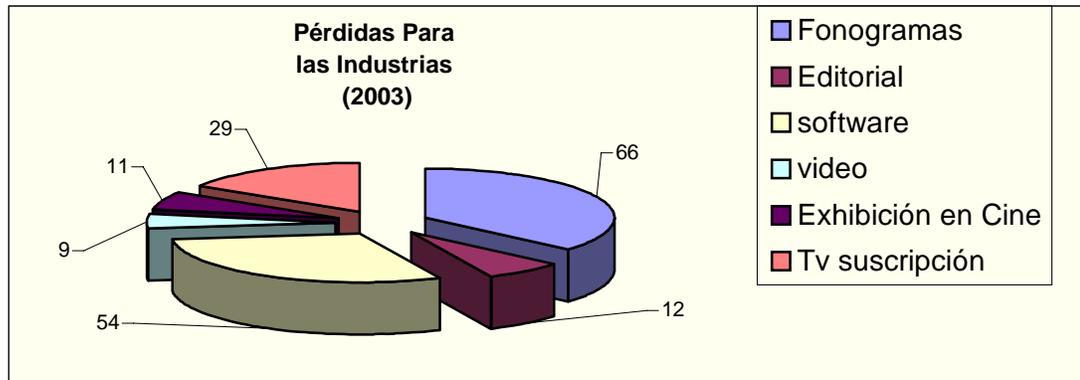
En este sentido, a través de un análisis comparativo de los sectores afectados, se evidencia el impacto nocivo que causa la piratería y la falsificación a la economía nacional, lo que se traduce en grandes pérdidas para las industrias, en especial para las pequeñas y medianas industrias incluyéndolo como uno de los sectores más sensibles, lo que trae como efecto inmediato la disminución de las fuentes de empleos constituyendo, de esta manera una de las fuente principal de la evasión fiscal, tal como se puede apreciar en los siguientes gráficos:

Tabla N° 1: Pérdidas para las Industrias en el año 2003 (en Millones de dólares)

Industria	Pérdida en Millones de dólares
Fonogramas	66
Editorial	12
Software	54
Video	9
Exhibición Cine	11
Tv suscripción	29

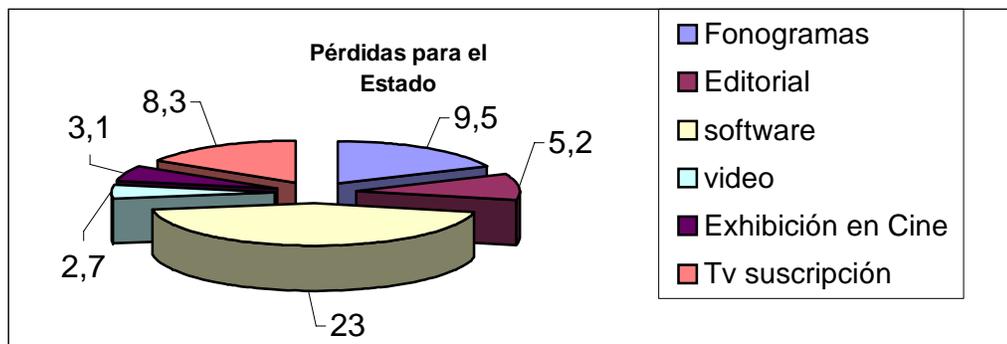
Fuente: Manuel Rodríguez (2003).

Gráfico N° 1: Representación de las Pérdidas ocasionadas por Sector Industrial.



Como se puede apreciar, los sectores más afectados por esta actividad ilícita lo conforman las industrias fonográficas, software, la Televisión por suscripción y las editoriales. En consecuencia, el Estado Venezolano tuvo pérdidas superiores a los 46,6 millones de dólares, tal y como se evidencia en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2: Pérdidas para el Estado según Sector Industrial.



La situación para el año 2004, no fue distinta ya que Venezuela figuró como uno de los 20 países latinoamericanos con índices más altos de piratería. Destacando dicho aumento en el incremento de la piratería en la

industria del software. Para el año 2003 la tasa de piratería fue de 54 millones de dólares, reflejando un aumento significativo en el año 2004, en que las pérdidas por este flagelo superaron los 71 millones de dólares, causando pérdidas al Estado Venezolano, por recaudación tributaria, superiores a los 35 millones de dólares.

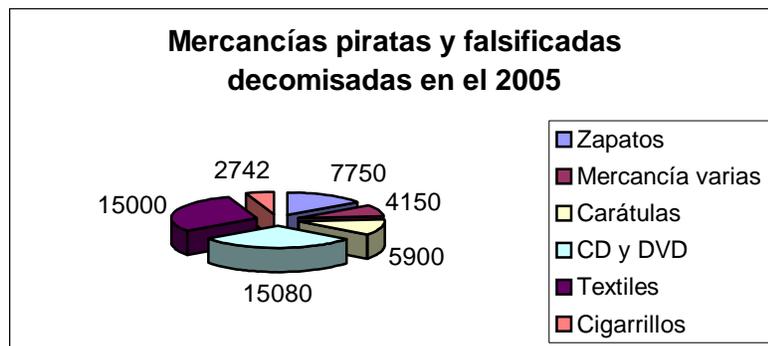
En el caso de la industria del libro se registró pérdidas por 510 millardos de Bolívares para el año 2004 lo que ha su vez ocasionó pérdidas por 50 millardos de Bolívares al estado Venezolano.

Todos estos datos sitúan a Venezuela entre los países con mayor índice de violación a los derechos de propiedad intelectual en Latinoamérica. Las razones para que esta situación persista son diversas, sin embargo el Estado Venezolano ha implementado una serie de políticas para hacer frente a las actividades ilícitas que lesionan los derechos de propiedad intelectual en aduanas.

Ante el extraordinario crecimiento que ha adquirido el tráfico de mercancía pirata y falsificadas en los circuitos comerciales nacionales, apoyado en sofisticadas tecnologías, y tomando en cuenta la tolerancia con la que la sociedad venezolana acepta esta actividad ilícita, desde de junio de 2003, el Superintendente Nacional Aduanero y tributario, ha implementado el *Plan Evasión Cero*, la visión fundamental de esta política es lograr eliminar en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, los niveles de elusión y evasión fiscal, *piratería*, *falsificación*, fraude e infracciones aduaneras, como fase importante para el desarrollo del plan evasión cero, se anunció la implementación conjunta de los Plan Contrabando Cero y el Plan Águila Roja, este último desarrolla las políticas aplicadas por el Estado en la lucha contra la falsificación y la piratería. (www.seniat.gov.ve/culturaaduanera).

Como consecuencia de las políticas aplicadas, el Jefe de la Administración Aduanera, ha efectuado varios operativos dirigidos a controlar el comercio de mercancías susceptibles de lesionar los derechos de propiedad intelectual en Venezuela, como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 3: Mercancías decomisadas en los distintos operativos realizados por SENIAT.



En este mismo orden de ideas, el Intendente Nacional de Tributos Internos y Presidente de la Subcomisión sobre los delitos de la Propiedad Intelectual, ha manifestado “...su preocupación por los atentados contra la Propiedad Intelectual en el país, dado que ha su juicio 80% de los productos culturales a la venta proviene de la piratería y el plagio.”

Lo que ha causado al Estado, pérdidas por recaudación de tributos (aduaneros y rentas internas) superiores a los 8,2 millones de Bolívares, en el periodo correspondiente desde febrero hasta septiembre del 2005, dentro de las estrategias implementadas en el marco del Plan Águila Roja.

No obstante, los procedimientos por los cuales sean decomisado las mercancías falsificadas y piratas, dista de la aplicación de las medidas en fronteras por las aduanas, ya que en la mayoría de los casos la acción de

comiso, es consecuencia del control posterior ejercido por las aduanas cuando ya se han incorporado al circuito comercial.

Situación esta que se evidencia en los operativos efectuados por el SENIAT en los últimos meses, en la lucha contra la piratería y la falsificación. Como por ejemplo, en la lucha contra la piratería de CD y DVD.

“El SENIAT, en un trabajo conjunto con la Alcaldía Mayor y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), llevó a cabo un operativo enmarcado en los planes Evasión y Contrabando Cero que abarcó el centro de Caracas, Maracay y Valencia. De esta forma, se buscó atacar de raíz el problema de la piratería, erradicando la fuente primaria de la piratería de discos compactos (CD) y videos en formato digital (DVD).

El procedimiento ejecutado por los fiscales consistió en verificar los deberes formales de los establecimientos inspeccionados, además de la legalidad de la procedencia e ingreso de la mercancía a los mismos. La confirmación de algún acto de contrabando devendría en la confiscación de la mercancía.

En total, fueron 12 los comercios visitados por los fiscales, de las cuales 9 fueron clausurados por incumplimiento de los deberes formales. Con este paso, el SENIAT avanza en su lucha contra la piratería, deteniendo a los comercios que distribuyen materia prima que facilita los delitos contra la propiedad intelectual.

Es necesario traer a colación el trabajo realizado por el Abogado Manuel Rodríguez, en el cual realizar un estudio pronosticando el aumento de los ingresos fiscales en caso de que los índices de piratería disminuya en un 10%, calculado sobre la base anual en millones de dólares.

Tabla N° 2: Pronosticando el aumento de los ingresos fiscales en caso de que los índices de piratería disminuya en un 10%.

Industria	Aumento en Millones de dólares
Fonogramas	3,6
Editorial	Nd
Software	7,3
Video	1,2
Exhibición Cine	1,7
Tv suscripción	2,4

Fuente: Manuel Rodríguez.

Gráfico N° 4: Representación del el aumento de los ingresos fiscales en caso de que los índices de piratería disminuya en un 10%.



Expuestos como han sido los controles y el impacto económico que causan las infracciones a los Derechos de Propiedad Intelectual, a continuación se pasa a señalar el papel de las Organizaciones Internacionales en la protección de los derechos de propiedad intelectual en aduana.

4.6. Organizaciones Internacionales

Las organizaciones internacionales han desarrollado y ampliado las normas en materia de Propiedad Intelectual, con la finalidad de que los países miembros se comprometan a ejercer controles efectivos en la protección de los derechos de propiedad intelectual, destacando el rol protagónico que debe desempeñar las aduanas en la consecución de dichos fines. En el ámbito de las organizaciones internacionales se destaca, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y La Organización Mundial de Aduana (OMA).

4.6.1. Organización Mundial de Propiedad Intelectual

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) fue establecida para velar por la protección de los derechos de los creadores y los titulares de propiedad intelectual a nivel mundial y contribuir a que se reconozca y se recompense el ingenio de los inventores, autores y artistas; En 1996, la OMPI amplió sus funciones y demostró todavía más la importancia de los derechos de propiedad intelectual en la reglamentación del comercio mundial al concertar un acuerdo de cooperación con la Organización Mundial del Comercio (OMC). (<http://www.wopi.com/quienes>).

La OMPI ofrece a los países en desarrollo asesoramiento especializado sobre solicitud de patentes internacionales y sobre registro de marcas y de dibujos y modelos industriales. Asimismo, alienta a estos países a aprovechar plenamente el sistema de protección de la propiedad intelectual para impulsar la actividad creativa nacional por medio de inversiones, así como facilitar la transferencia de tecnologías.

La OMPI creó un Comité Asesor en materia de Observancia de los Derechos de Propiedad Industrial que busca que los Estados miembros se enfrenten colectivamente a los desafíos comunes a todos los Estados, a

saber, los países desarrollados, los países con economías en transición y los países en desarrollo al aplicar los procedimientos prácticos para hacer valer los derechos, así como a investigar las mejores prácticas y procedimientos para hacer valer de manera eficaz los derechos de propiedad industrial haciéndolos más cortos y económicos para las infraestructuras administrativas. En este plan, se reforzará la comunicación entre los Estados miembros, así como entre éstos y los organismos de propiedad industrial y encargados de hacer respetar los derechos, a fin de incrementar la cooperación para hacer respetar los derechos de manera eficaz.

4.6.2. Consejo de Cooperación Aduanera -Organización Mundial de Aduanas (CCA/OMA).

El Consejo de Cooperación Aduanera (El CCA), nace el 15 de diciembre de 1950 en Bruselas, Bélgica. Aún cuando este Consejo se creó originalmente para resolver problemas europeos, pronto se vio que las cuestiones que abordaba y resolvía eran realmente mundiales. Por ello, a partir de 1956, el organismo extendió su acción a todo el mundo, contando actualmente con 150 países miembros.

En junio de 1994, el Consejo decidió adoptar un nombre informal para el desarrollo de sus trabajos, con el cual podría ser más fácil identificar su papel, posición y propósito; por consiguiente, a partir del 3 de octubre de 1994, el organismo es conocido como la Organización Mundial de Aduanas (OMA), sin que por ello se modifique la convención que crea al Consejo de Cooperación Aduanera, que permanece como su nombre oficial.

El papel de la OMA es indispensable para el desarrollo armónico e integral de las aduanas en sus procesos de simplificación, armonización y automatización a nivel mundial.

Teniendo en consideración que uno de los principales objetivos de la OMA es alcanzar la armonización de los procedimientos aduaneros, se ha dado a la tarea de crear y promover convenios aduaneros en diferentes materias técnicas.

El proceso de globalización económica actual, desde sus inicios, ha demandado la facilitación de las operaciones comerciales, por lo que se ha hecho necesario que las administraciones aduaneras se modernicen y presten un servicio acorde con las necesidades de la comunidad comercial. Un elemento clave para alcanzar estos objetivos ha sido la cooperación y asistencia entre las aduanas de diferentes países.

Se consideró necesario efectuar una revisión de las recomendaciones del CCA-OMA, a las Administraciones Aduanera del mundo, a través de la legislación modelo sobre la materia, con el fin de preparar y recomendar la adopción de un Reglamento Aduanero sobre esta materia y que defina procedimientos claros de actuación de las autoridades aduaneras para luchar contra la violaciones a los Derecho de Propiedad Intelectual, sobre todo la falsificación y la piratería.

Por otra parte, además del objetivo de buscar la facilitación de procedimientos de despacho de mercancías, las aduanas deben cumplir con la misión fiscalizadora que les fue impuesta por sus respectivos gobiernos. En este caso también resulta imprescindible contar con la colaboración y apoyo de los servicios de aduanas de otros países, con objeto de intercambiar información que coadyuve a la prevención, investigación y represión de los ilícitos aduaneros. (<http://www.wcoomd.org>).

Con la finalidad de facilitar las actuaciones que deben tomar en cuenta las administraciones aduaneras en la lucha contra los ilícitos contra la propiedad intelectual, la OMA preparó algunas recomendaciones y un

modelo de legislación, "...que pudiera servir de orientación a sus países miembros", con el objetivo de que las legislaciones nacionales otorguen a sus administraciones aduaneras las facultades inherentes para luchar contra las violaciones a los Derechos de Propiedad Intelectual, específicamente en el control de las mercancías piratas y falsificadas.

Dicha Legislación tipo se fundamentó en los principios y normas contempladas en el ADPIC, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Las Legislaciones Nacionales deben definir el papel que debe desempeñar las Aduanas, con la finalidad de que dicha intervención no constituya obstáculos al flujo comercial de bienes legítimos, delimitando su esfera de actuación.

2. Los titulares de los Derechos de Propiedad Intelectual deben iniciar las medidas y acciones necesarias para la protección de sus derechos ante las autoridades competentes, lo que incluye a las administraciones aduaneras.

3. La efectividad de la intervención aduanera dependerá de los recursos disponibles en las aduanas, por tanto, recomienda a los países miembros elegir entre varias opciones de intervención, teniendo en cuenta su legislación.

4. Se debe considerar que cualquier violación de los derechos propiedad intelectual en la importación o exportación de mercancías falsificadas o piratas, deberán ser sancionadas eficazmente.

CAPITULO V

5. Medidas en Frontera

En este capítulo se desarrolla el punto central de la presente investigación, como son las *medidas en frontera*, con tal fin se da el concepto de *medidas en frontera* y se especifica en que consiste el procedimiento para llevar a cabo dichas medidas, tomando como fundamento para ello el procedimiento establecido en el ADPIC, así como también la Decisión 486 y la Ley Orgánica de Aduanas (LOA).

Las *medidas en frontera* han sido definidas como: “medidas directas que efectúan las autoridades nacionales competentes ante las Aduanas, para que mediante procedimientos ágiles se detengan las mercancías presuntamente violatorias de la Propiedad Intelectual hasta que se compruebe su licitud, impidiendo entre tanto su ingreso a los circuitos legítimos comerciales (prohíba la desaduanización). Rodríguez, M. (2004:663).

Además, ha sido catalogado como un “mecanismo idóneo para reprimir eficazmente la piratería intelectual y la falsificación marcaria, entre otras formas de vulneración de derechos de propiedad intelectual, convirtiendo a la Aduana, en la primera línea de defensa de la propiedad intelectual. Ayú Prado (2004:648).

5.1. Procedimiento establecido en el ADPIC

En relación al procedimiento legal para llevar a cabo dichas medidas, el ADPIC establece unas disposiciones que serán abordadas de manera específica, tomando como base un análisis previo del articulado del ADPIC realizado por Guillermo, Anay (2003).

En este sentido, el acuerdo contempla tanto la actuación de parte como la actuación de oficio para suspender el despacho de las mercancías que vulneren los derechos de Propiedad intelectual, es decir mercancías falsas y piratas.

La actuación de parte consiste en que el titular de un derecho, que sospeche que pueda tener lugar la importación de mercancías falsificadas o piratas, pueda presentar a las autoridades competentes una demanda por escrito con pruebas suficientes y descripción detallada de las mercancías, así lo establecen los artículos 51 y 52 del Acuerdo:

Artículo 51: Los Miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación.

Artículo 52: Se exigirá a todo titular de un derecho que inicie un procedimiento de conformidad con el artículo 51 que presente pruebas suficientes... y que ofrezca una descripción suficientemente detallada de las mercancías.

Respecto a los mecanismos que deben aplicárseles a dichas medidas el acuerdo establece que deben aplicarse al menos a las importaciones de mercancías falsificadas y piratas, reconociendo expresamente que se puede aplicar además para las mercancías que infrinjan otros derechos de Propiedad intelectual, lo que se deduce del artículo 51 "... los miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que suponga otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual..."

Sin embargo, el ADPIC acepta que los Miembros facultativamente excluyan de la aplicación de las disposiciones a las “pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas”. (Art. 60).

El procedimiento se aplicará tanto a la importación como a la exportación de las mercancías, ya que tanto en la entrada o salida de las mercancías se puede cometer infracción, causándose el mismo daño a sus titulares y produciendo distorsiones al comercio legítimo; en este sentido el ADPIC establece “...Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades aduaneras suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde sus territorio”. (Art. 51).

Una vez recibida la demanda, las autoridades competentes comunicarán al demandante, dentro de un plazo razonable, si han aceptado la demanda y el plazo de actuación de las autoridades de aduanas cuando sean ellas mismas quienes lo establezcan (Art. 52).

Las autoridades aduaneras estarán facultadas para:

- La destrucción o eliminación de las mercancías infractoras (Art. 59) evitándole de esta manera perjuicios al titular de los derechos.
- No permitir que las mercancías se reexporten en el mismo estado ni someterlas a un procedimiento aduanero distinto. (Art. 59).

1. Duración de la Suspensión

La intervención constituye una medida transitoria, de forma que si en un plazo no superior a 10 días hábiles contados desde que comunicó la suspensión al demandante mediante aviso, las autoridades aduaneras no han sido informadas de que se ha iniciado el procedimiento sobre el fondo de la cuestión, o de que se han adoptado medidas provisionales que prolonguen

la suspensión del despacho de la mercancías, se levantará la suspensión. En casos excepcionales el plazo podrá ser prolongado por otros 10 días hábiles. (Art. 55).

Cuando se haya iniciado el procedimiento sobre el fondo, el demandado, en un plazo razonable podrá ser oído y solicitar una revisión a fin de decidir si procede modificar, revocar, o confirmar las medidas. (Art. 55).

En los casos en que se hubiere dictado alguna medida judicial provisional, estas quedarán sin efecto si el procedimiento sobre el fondo no se ha iniciado en un plazo razonable, y que en ningún caso será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales. (Art. 50 b)).

Con el fin de asegurar que las medidas no se utilicen como medio de perturbación del comercio legítimo, establece:

2. El aporte de una fianza o garantía por parte del demandante

Como se trata de un procedimiento a instancia de parte, la norma establece que “las autoridades competentes estarán facultadas para exigir al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y a las autoridades competentes e impedir abusos...” (Art. 53).

3. Pronta notificación a las partes afectadas

El artículo 54 establece la notificación de la suspensión en los siguientes términos “se notificará prontamente al importador y al demandante la suspensión del despacho en aduana de las mercancías...” el artículo en comento no establece el lapso de la notificación, quedando a facultad de la autoridad competente o lo que establezca la legislación interna de cada país con respecto a la prontitud.

4. El derecho de la parte afectadas (propietario, importador, consignatario) a una pronta revisión.

Como se dijo anteriormente, en el caso de que se haya iniciado el procedimiento sobre el fondo, el demandado, en un plazo razonable, podrá ser oído y solicitar una revisión a fin de decidir si procede modificar, revocar, o confirmar las medidas. (Art. 55).

5. Indemnización a las partes perjudicadas cuando las mercancías hayan sido retenidas de forma infundada

Al respecto, la norma establece “las autoridades pertinentes estarán facultadas para ordenar al demandante que pague al importador, al consignatario y al propietario de las mercancías una indemnización adecuada por todo daño a ellos causados por la retención infundada de las mercancías o por la retención de las que se hayan despachado...” (Art. 56).

Por otra parte, establece el derecho de inspección e información tanto para el titular del derecho como para el importador, artículo 57:

...los Miembros facultarán a las autoridades competentes para dar al titular del derecho oportunidades suficientes para que haga inspeccionar, con el fin de fundamentar sus reclamaciones, cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades de aduanas...al importador oportunidades equivalentes para que hagan inspeccionar esas mercancías... (Art. 57).

6. La actuación de oficio

La posibilidad de una actuación de oficio es contemplada en el artículo 58 del ADPIC, al establecer que los Miembros pueden pedir a las autoridades

competentes que actúen por propia iniciativa y suspenda el despacho de las mercancías de las cuales tengan la presunción de que infringen un derecho de Propiedad intelectual.

Pudiendo estas autoridades, en cualquier momento, solicitar al titular del derecho toda información que pueda serle útil para ejercer esa potestad. (Art. 58 a)).

Otra de las previsiones establece que “la suspensión deberá notificarse prontamente al importador y al titular del derecho. Si el importador recurre contra ella ante las autoridades competentes, la suspensión quedará sujeta, *mutatis mutandi*, a las actuaciones estipuladas en el artículo 55 supra”.

En todo caso, tanto las autoridades como los funcionarios competentes, estarán exentos de responsabilidad solo en los casos de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe (Art. 58 c)).

5.2 Medidas en frontera en la Decisión 486

Artículo 250.- El titular de un registro de marca, que tuviera motivos fundados para suponer que se va a realizar la importación o la exportación de productos que infringen ese registro, podrá solicitar a la autoridad nacional competente suspender esa operación aduanera. Son aplicables a esa solicitud y a la orden que dicte esa autoridad las condiciones y garantías que establezcan las normas internas del País Miembro. (...)

Dicha norma, contempla la actuación de parte para suspender el despacho de aduana, legitimando al titular de la marca. Asimismo, no especifica cuál es el órgano ante el cual el titular debe solicitar la ejecución

de la medida, solamente se limita a indicar a la “autoridad nacional competente”, lo que para efectos de la presente decisión se entiende como “el órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia” (Art. 273). En Venezuela, la normativa contemplada en la Ley Orgánica de Aduanas, no contempla cuál es el órgano autorizado. La cual pudiera tratarse de autoridades administrativas o judiciales.

Por otra parte, el artículo 250 extiende la suspensión del despacho de aduana a la exportación, coincidiendo sustancialmente con el ADPIC, que establece en el artículo 51 Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio”.

En lo que respecta a las condiciones y garantías aplicables a la solicitud de la medida y a su ejecución, se resolverán por lo que establezca la legislación nacional interna del País Miembro (en el caso de Venezuela no establece dentro de la normativa de la Ley Orgánica de Aduanas las condiciones y garantías aplicables).

El artículo 250 en su segundo aparte, establece la obligación por parte de quien pida que se tomen medidas en frontera, de suministrar a la autoridad nacional competente “la información necesaria y una descripción suficiente detallada y precisa de los productos objeto de la presunta infracción para que puedan ser reconocidos” (en el caso de Venezuela no contempla esta obligación dentro de su normativa). El artículo en cuestión coincide sustancialmente con la exigencia hecha por el ADPIC en el artículo 52.

La Decisión 486 contempla, con el fin de que el titular pueda fundamentar sus reclamaciones, la posibilidad de inspeccionar las

mercancías retenidas, e igual derecho le corresponde al importador o exportador de las mercancías. (Art. 251).

Claro está, que la oportunidad suficiente para inspeccionar debe hacerse sin perjuicio de la protección de la información confidencial, así lo establece el mencionado artículo en su segundo aparte, coincidiendo sustancialmente con lo establecido en el artículo 57 del ADPIC.

El artículo 252 de la referida decisión establece que una vez que se hayan cumplido las condiciones y garantías aplicables, la autoridad nacional competente ordenará o denegará la suspensión de la operación aduanera y la obligación por parte de la autoridad nacional competente de notificar al solicitante de tal decisión.

Siguiendo el mismo artículo, en su segundo aparte, se desprende algunos requisitos que deben contener la notificación al solicitante en caso de que se ordenara la suspensión, como son, “el nombre y dirección del consignador, importador, exportador y del consignatario de la mercancías, así como la cantidad de las mercancías objeto de la suspensión”.

Así mismo, contempla la notificación al importador o exportador de los productos. Este artículo, al igual que el ADPIC, establece la obligación por parte de la autoridad nacional competente de notificar tanto al solicitante de la medida, como al importador; claro está, que en la Decisión 486 se extiende tal notificación al exportador por ser la exportación un supuesto de hecho de tal norma.

Nótese cómo el artículo en comentario no establece el plazo para la notificación, lo que quiere decir que debe ser establecido por cada legislación nacional.

El artículo 253, contempla la posibilidad de **el levante de la medida y el despacho de las mercancías** estableciendo dos supuestos de hecho para que proceda, a saber, “transcurrido 10 días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión de la operación aduanera sin que el demandante hubiere iniciado la acción por infracción, o sin que la autoridad nacional competente hubiere prolongado la suspensión...”

El artículo 254 establece “iniciada la acción por infracción, la parte contra quien obró la medida podrá recurrir a la autoridad nacional competente. La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la suspensión”.

El artículo en comento no establece un plazo para considerar la petición hecha por el demandado, por su parte, el ADPIC solo establece “un plazo razonable”, lo que hace suponer que corresponde a la legislación interna establece dicho plazo, (En el caso de Venezuela no contempla disposición al respecto).

Establece la Decisión aspectos como, la no reexportación ni el sometimiento a un procedimiento aduanero diferente de los productos incautados, estableciendo excepciones a tal mandato como son “los casos debidamente calificados por la autoridad nacional competente, o los que cuenten con la autorización expresa del titular de la marca”. (Art. 255).

En un segundo aparte, dicho artículo contempla “sin perjuicio de las demás acciones que corresponden al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, la autoridad nacional competente podrá ordenar la destrucción de las mercancías infractoras” (en lo que concierne a este artículo, la legislación interna de Venezuela no contempla nada al respecto) coincide sustancialmente el referido artículo con lo establecido por el ADPIC, ver Art. 59.

La Decisión excluye expresamente de la aplicación de medidas en frontera “las cantidades pequeñas de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas” (en el caso de Venezuela no contempla dentro de su legislación interna nada al respecto). Coincide sustancialmente dicho artículo con lo establecido por el ADPIC ver Art. 60.

La Decisión 486 en lo que se refiere a las medidas en frontera, trató de equiparar, hasta donde fuera posible, las normas fundamentales del ADPIC, tomar como base dicho acuerdo resulta lo más pertinente en la adaptación que debe tener esta normativa andina, sin embargo, a la mencionada decisión se le han omitido cuestiones tan importantes como la indemnización a las partes perjudicadas cuando las mercancías han sido infundadamente retenidas. Si bien el ADPIC no establece esta indemnización como carácter obligatorio dentro de las disposiciones a seguir por los Miembros, bien es cierto, que se deben tomar medidas que no perturben el comercio legítimo, por lo que se debió contemplar dentro de la normativa de la decisión algún mecanismo para evitar tales situaciones.

La Decisión 486 en lo referente a las medidas en frontera, no puede ser operativa hasta los momentos en Venezuela, ya que se requiere un complemento normativo de derecho interno para ser operativo en el procedimiento a seguir en tales medidas.

5.3 Aplicación de las *medidas en frontera* en la República Bolivariana de Venezuela.

5.3.1. *Medidas en Frontera en la Ley Orgánica de Aduanas*

La Ley Orgánica de Aduanas establece en el título IV, las normas referidas a las medidas en fronteras, en este sentido el artículo 87:

“Las autoridades Aduaneras deberán, a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte.(...)”

El artículo en comento, establece que quien está única y exclusivamente facultado para solicitar a las autoridades aduaneras que se impida el desaduanamiento de los bienes que presuntamente violen derechos de Propiedad intelectual, es el *órgano competente en materia de Propiedad intelectual*. No obstante, la norma no especifica al órgano encargado, el cual pudiera tratarse de un órgano administrativo (SAPI) o la autoridad judicial.

Tampoco establece bajo qué pautas debe actuar este órgano al girar la orden, es decir, si el órgano actúa por solicitud de parte, o lo hace de oficio.

El artículo en comento sólo exige como supuesto de hecho para que proceda la medida, el que se trate de mercancías que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual, sin requerir la exigencia de presentar prueba suficientes que demuestren tal presunción de infracción, como sí lo establece el ADPIC dentro de las disposiciones de carácter obligatorio, específicamente, en el artículo 52.

Se deduce claramente que la normativa de la Ley Orgánica de Aduanas no incorpora otras disposiciones tanto de carácter obligatorio como facultativas establecidas por el ADPIC como son:

- La obligación de notificar al solicitante sobre la admisión de la solicitud y plazo de ejecución (Art. 52)
- La normativa no faculta a la autoridad competente para dar a algunas de las partes la oportunidad suficiente para efectuar las inspecciones que considere pertinentes a los fines de fundamentar pretensiones y alegatos, esto, conforme al artículo 57 del ADPIC.

- Exigencia de fianza o garantía equivalente al solicitante de la medida para proteger al demandado. (Art. 53)
- Indemnización al importador, al consignatario y al propietario de las mercancías retenidas por causa de retención infundada (Art. 56)
- exención de responsabilidad de las autoridades por actuaciones de buena fe. (Art. 58)
- Prohibición de reexportar o someter a otra operación aduanera mercancías falsificadas,
- La destrucción o eliminación por parte de las autoridades aduaneras de las mercancías infractoras. (Art. 59)
- Exclusión de equipaje. (Art. 60)

Del análisis anterior, Guillermo expresa: “que la Ley Orgánica de Aduanas tiene una normativa referente a las medidas en frontera, fragmentaria e incompleta, que no constituye un modelo eficaz de impedir la infracción a los derechos de propiedad intelectual. Eficacia, que no es suplida ni por vía del reglamento de dicha ley, en vista de que esos dos artículos no han sido reglamentados. (...) (2003:92)

Es necesario destacar, que el 28 de junio de 2005, fue aprobado el Arancel de Aduana, “instrumento legal que comprende la nomenclatura para la clasificación oficial de las mercancías susceptibles de ser importadas al territorio nacional o exportadas del mismo o sometidas a otros regímenes aduaneros, así como los gravámenes aplicables a las mismas y las restricciones u otros requisitos que deben ser cumplidos con motivo de la operaciones aduaneras.”

El cual establece en el artículo 15 *que es de prohibida importación y tránsito en todo el territorio nacional las mercancías que violen derechos de propiedad intelectual*, normativa que viene a precisar la competencia de la Administración Aduanera en la protección de los derechos inmateriales. Recalcando que corresponde al Servicio Nacional e Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) ejercer la autoridad en materia nacional aduanera y por consecuencia, la observancia y el

cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual en frontera contempladas en los distintos tratados suscritos.

En este sentido, el SENIAT, con la finalidad de establecer procedimientos eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad Intelectual y aplicar efectivamente las normas sobre Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en frontera establecidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), en la Decisión 486 de la Comunidad Andina por la que se establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, dictó ***Providencia Administrativa sobre la Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías.***

El procedimiento establecido en la referida Providencia Administrativa N° 915 establece las actuaciones que deben realizar los titulares de Derechos de Propiedad Intelectual y los Funcionarios del SENIAT, cuando se presume la violación de los derechos de propiedad intelectual en las operaciones de importación y tránsito de mercaderías, exceptuando del procedimiento establecido los bienes que ingresen al territorio aduanero nacional en cantidades y valores que no tengan carácter comercial y que formen parte del equipaje de los viajeros

El alcance de los Derechos de Propiedad Intelectual que están protegidos por la Providencia, comprende entre otros, el derecho de autor, la propiedad industrial y los derechos conexos.

a) Actuación de oficio

La Providencia establece que la Administración Aduanera y Tributaria intervendrá cuando detecten mercancías que violen o puedan violar los

derechos de propiedad intelectual, ejerciendo las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la misma en el:

- 1) Control Inmediato
- 2) En Zonas Francas, Zonas Libres y Depósitos Aduaneros, y
- 3) En actividades de control posterior. (Art. 4)

La Autoridad Aduanera podrá retener o aprehender las mercancías, siempre y cuando el consignatario aceptante no logre comprobar la licitud de las mercancías presuntamente violatorias de los derechos de propiedad intelectual, tal retención deberá ser notificada al presunto infractor y al titular del derecho. La norma establece "...a más tardar el día siguiente hábil de efectuada la misma...".

La norma in comento, no contempla las modalidades de la notificación, es decir si es personal, a través de edicto o publicación en la prensa.

Verificada la notificación, tanto el titular del derecho como el presunto infractor, tendrán un plazo de diez (10) días hábiles para iniciar las acciones que considere pertinentes.

Contempla la norma, que si en el tiempo establecido las partes no ejercen las acciones en defensa de sus derechos, se procederá al comiso de la mercancía, de lo que se surgen las siguientes interrogantes:

1.- Si el titular del derecho, requiera una muestra o inspección de las mercancía con el objeto de fundamentar sus alegatos, la normativa no contempla esta situación.

2.- Si el titular del derecho protegido no ejerce acciones dentro del lapso establecido, la administración aduanera debería notificar a las autoridades competentes en la materia y procederá a liberar las mercancías.

3.- No establece la consignación de fianza en el caso del que el titular del derecho se opusiera al despacho de las mercancías.

4.- No regula la exoneración de responsabilidades a los funcionarios públicos sólo en el caso de actuaciones realizadas de buena fe. (Art. 58 del ADPIC).

Acertadamente, faculta a la administración aduanera a destruir la mercancía, al indicar “...se ejecutará el comiso de las mercancías a los fines de su destrucción, salvo aquellos productos que puedan ser destinados a donaciones, luego de ser despojados de cualquier signo distintivo o diseño cuya titularidad corresponda al afectado”; e impedir que las mercancías cuestionadas se reexporten en el mismo estado, ni se sometan a un régimen o procedimiento aduanero distinto, ni ser objeto de remate.

b) Actuación a Instancia de Parte interesada.

Esta actuación se produce cuando los titulares de los derechos de Propiedad Intelectual que tengan motivos válidos para sospechar que se efectuará o se ha efectuado la importación o tránsito de mercancías que lesionen su derecho de Propiedad Intelectual, podrán solicitar a la Intendencia Nacional de Aduanas o a la Aduana correspondiente, la retención preventiva de dichos bienes.

Los cuales deberán dar cumplimiento a las normas sobre Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en frontera establecidas tanto por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), como por la Decisión 486 de la Comunidad Andina por la que se establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, entre las que destacan:

- Consignación de fianza
- Indemnización por los daños causados por la retención infundada

- Derecho de inspeccionar las mercancías retenidas por parte del propietario, importador y/o consignatario.

c) Actuación por órdenes de autoridad competente

La Providencia no contempla el procedimiento a seguir en la actuación de oficio como lo establece la Ley Orgánica de Aduanas, ni establece tal facultad.

En relación a las medidas de control que deben ejercer la administración aduanera señaladas en el artículo 4 de la Providencia, como se afirmó anteriormente, a los fines de lograr la aplicación efectiva de las *medidas en fronteras*, la Administración aduanera debe ejercer controles efectivos durante el despacho aduanero (control inmediato), con la finalidad de impedir su ingreso a los circuitos comerciales, hasta tanto se compruebe la licitud de la misma.

Sin embargo, se observa que la Administración Aduanera se ha centrado en el ejercicio de control posterior, es decir, que se ejercer controles después que la mercancía presuntamente violatoria de los derechos de propiedad intelectual ha ingresado al circuito comercial, situación que desnaturaliza las medidas en frontera, ya que estas pretenden evitar el desaduanamiento de la mercancía violatoria de los derechos de Propiedad Intelectual, a través de la suspensión del despacho en aduana.

Considerando la Autora, que una vez ingresada la mercancía, la intervención de la Administración Aduanera no esta fundamentada en el procedimiento de medidas en frontera, puesto que la competencia correspondería al Ministerio de Industrias Livianas y/o al Instituto Nacional Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), destacando la interrelación de los órganos del Estado. De lo que se infiere que existen

problemas en la Administración Aduanera venezolana al ejercer el control inmediato en aduana y delimitar el ámbito de aplicación.

En este punto, resulta necesario señalar las observaciones realizadas por la Licenciada Ramos, M. (2005), al proyecto de la Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en frontera, presentado en fecha 5 de agosto de 2005, observaciones que son aplicables a la Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías, de fecha 14 de octubre de 2006, en los puntos que se citan a continuación:

- “... En relación con el artículo 5, el cual establece el “**Control aduanero a solicitud de parte interesada**” debería identificarse como Intervención de las autoridades aduaneras a solicitud de parte interesada, ya que el control aduanero es potestad de dicha administración...Por otro lado no es nada práctico ni produce efectividad que se haga la solicitud ante la INA, ya que esto sólo demoraría la actuación de la aduana por donde se está realizando la importación, debe efectuarse dicha solicitud ante la propia aduana. También cabe señalar que a la solicitud presentada debe acompañarla las pruebas suficientes de la contravención o de la sospecha de ésta. **Art. 51 del Acuerdo sobre los ADPIC y Art. 250 de la Resolución 486 de la CAN.**
- En el **Art. 6**, en lo referente a la palabra “**licitud**”, la palabra adecuada sería **legitimidad**. En este artículo se establece que la autoridad aduanera **podrá** exigir al Consignatario aceptante la autorización **emitida por el Titular** del derecho, además de otros documentos se menciona el **contrato de venta**. Cabe señalar que no todas las personas compran a titulares, sino a quienes a su vez le han comprado a estos, por lo tanto el titular no puede emitir el contrato de venta, el cual se asume como la factura comercial.
- El **Art. 7**, pauta lo relacionado con **la retención o aprehensión de mercancías**, cabe señalar que es el mismo **artículo 6** del Proyecto presentado por el Ab. Ramón Vargas, con una diferencia la cual consistió en la eliminación de la utilización del Art. 114 de la LOA. Por consiguiente la observación es la misma. (No se aclara el nombre del documento exigible, pero por otra parte, ¿dónde está establecido que el Registro de un Derecho de Propiedad Intelectual, es un documento

exigible para nacionalizar las mercancías?. Como el funcionario **podrá** solicitar la autorización emitida por el titular del derecho, cuando presuma que se viola el derecho de propiedad intelectual, lo que se puede interpretar que actuará la discrecionalidad del funcionario.

- El **Art. 9** que establece la actuación de la autoridad aduanera cuando se produzca **inacción** del titular o del importador (presunto infractor), es el mismo señalado en el **artículo 8** del proyecto presentado por el Ab. Ramón Vargas, si no hay pruebas la mercancía debe ser devuelta al importador, según la normativa internacional, que regula esta materia (**Art. 55 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Art. 253 de la Resolución 486 de la CAN.**).
- En cuanto a lo que dispone el **artículo 15**, la entrada en vigencia no podría ser al día siguiente de su publicación, pues debe crearse previamente el registro para que el funcionario tenga algún elemento objetivo para actuar, sin violar el derecho que tiene cualquier importador de introducir mercancías al territorio nacional con el cumplimiento de la legislación aduanera.
- Este proyecto **no contempla de manera específica la actuación de los funcionarios aduaneros**, ya que no señala si es de Oficio o a Solicitud de Parte Interesada. La INA propuso el siguiente artículo para dejar claro al funcionario como sería la actuación de Oficio, “ **La Administración Aduanera actuará de oficio en la detección, aprehensión y aplicación de medidas de control aduanero, tanto en el almacenamiento, traslado y despacho de las mercancías, como en estudios, investigaciones y controles realizados con posterioridad al retiro de las mismas de las zonas aduaneras.**” Esto se fundamenta en el **Art. 58 Acuerdo sobre los ADPIC y Art. 3 de la Decisión 574 de la CAN**
- No se procedimenta la actuación del funcionario, en cuanto a que el titular del derecho presente pruebas referidas a la mercancía cuestionada, no se le indica al funcionario a quien remitirá el caso para que se ejerzan las acciones correspondientes (**por ser delito es competencia del órgano judicial, según norma nacional, Arts. 338 y 339 del Código Penal y Art. 120 de la Ley sobre Derecho de Autor**) La norma internacional también regula este aspecto, **Art. 50 N° 3 y 52 del Acuerdo sobre los ADPIC** .
- No se establece la **constitución de Garantías por parte del Titular**, para cubrir cualquier perjuicio que se pueda causar en el procedimiento al importador, ya que se pueden presentar actuaciones infundadas y sin base. **Esto está establecido en el Art. 48 N° 1 y en los Arts. 53 y 56 del Acuerdo sobre los ADPIC.**
- No se posibilita al Titular y al importador, hacer un examen físico de la mercancía cuestionada y tomar muestras, a fin de sustentar sus respectivos reclamos. Por consiguiente no se indica el destino de

tales muestras, las cuales deberían ser distribuidas entre el titular del derecho, el importador y la administración aduanera. Esto lo contempla la norma internacional, **Art. 57 del Acuerdo sobre los ADPIC y Art. 251 Resolución 486 de la CAN.**

- **El Art. 52 del Acuerdo sobre los ADPIC**, señala los requisitos que debe contener la solicitud emitida por el Titular del Derecho, cosa que no se describe en este proyecto, siendo de suma importancia que el funcionario los conozca para dar curso a dicha solicitud. No es lógico pensar que los funcionarios de las aduanas tengan a mano la diversidad de normas que regulan esta materia, por lo que se hace necesario, colocar en un solo instrumento todo lo que se requiere para actuar, es por ello que la norma internacional establece que cada país establezca procedimientos en relación con la aplicación en frontera de esta materia.
- El proyecto no establece que acción tomará la aduana, una vez vencido el plazo para impedir el desaduanamiento, ya que si no se ha informado a la autoridad aduanera por parte del Titular del derecho, del inicio del procedimiento que conduzca a una decisión de fondo, ésta deberá desaduanar la mercancía retenida, de lo contrario estaría actuando en perjuicio del importador. **Así se establece en el Art. 55 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Art. 253 de la Resolución 486 de la CAN.** También es importante establecer la necesidad de fijar una garantía previa, para aquellos casos en que el importador solicite autorización ante el Ministerio Público o autoridad judicial, del desaduanamiento de la mercancía previa demostración de legitimidad de estas. **Según lo estipula el Art. 53 del Acuerdo sobre los ADPIC.**” (M. Ramos, correo-e, septiembre 30, 2006)

Lo antes citado, complementa el análisis realizado a la Providencia Administrativa sobre la Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías, evidenciándose la falta de procedimientos que permita garantizar los derechos de propiedad intelectual en las Aduanas de la República, a pesar de los esfuerzos realizados por las Autoridades Aduanera en la materia, situación que influye negativamente en la economía del Estado, tal y como se ha indicado en este trabajo.

Como modelo foráneo de país que ha implementado efectivamente el procedimiento de medidas en frontera se cita a la República de Panamá.

5.4 Implementación de las medidas en frontera en la República de Panamá.

La República de Panamá, constituye uno de los países que ha implementado en su legislación las normas referente a medidas en frontera, específicamente en la Ley 35 de 10 de mayo de 1996, reglamentadas estas disposiciones por el Decreto Ejecutivo 123 del 26 de noviembre de 1996, el cual establece los procedimientos aduaneros para la efectiva tutela de los derechos de propiedad intelectual.

a. La Ley N° 35 sobre Disposiciones de Propiedad Industrial.

Dicha normativa atribuye las medidas en fronteras, a una autoridad administrativa que es la Dirección General de Aduanas, la cual esta autorizada para inspeccionar o retener mercancías que presuntamente violen derechos de Propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos. Las actuaciones pueden iniciarse de oficio, o por órdenes de autoridad competente y a instancia del propietario del derecho protegido, así se desprende en la referida Ley, específicamente en su título VII, capítulo único, bajo el título ***Del uso indebido de los Derechos de Propiedad Industrial***, Art. 176:

La Dirección General de Aduana, actuando de oficio o por órdenes de la autoridad competente, o cuando por cualquier medio tenga noticia de mercancía que se encuentre en tramites en aduana en cualquier parte del territorio nacional que pueda estar infringiendo disposiciones de esta Ley o de la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos, podrá inspección y/o retener dicha mercancía.

Además, se desprende de dicha normativa que las medidas se aplican para proteger los Derechos de propiedad intelectual, es decir, los derechos de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos.

La facultad para inspeccionar y/o retener mercancías infractora de extiende a otras autoridades dentro de la administración aduanera como lo son la Zona Libre de Colón y demás Zonas Francas Procesadoras que administre el Estado. (Art. 176).

Esta normativa contempla los siguientes aspectos:

- **La notificación al titular del derecho protegido.** El Art. 177 establece: “Una vez efectuada la retención, la autoridad que la ejecutó informará de su practica al titular del derecho protegido...” Con respecto al titular del derecho protegido la ley indica que “comprende a los titulares de los derechos reconocidos por esta ley, por la ley sobre Derecho de Autor y Derecho Conexos”. (Art. 179)

- **Escrito de oposición a la introducción de la mercancía.** El tercer aparte del Art. 177 “El titular deberá contestar por escrito si se opone a la introducción o al tránsito de la mercancía retenida”

- **Consignación de Fianza por parte del titular del derecho.** El tercer aparte del Art. 177, “... si se opone, estará en la obligación de constituir fianza”, extendiéndose dicho artículo a las formas de constituir la fianza, como son: “mediante certificado de garantías, así como mediante garantía bancaria, de seguros o títulos de la deuda pública”.

- **Posibilidad de liberación de la mercancía.** La norma establece dos supuestos de hecho, a saber: en el caso de que el titular no se oponga a la introducción o al tránsito de la mercancía retenida, la mercancía será liberada inmediatamente. (Art. 177, tercer aparte).

El otro supuesto es en el caso de que el afectado presente una licencia o autorización escrita del titular del derecho protegido o de quien lo represente que servirá como prueba *prima facie* de la legitimidad de la mercancía, lo que lleva a su inmediata liberación. (Art. 177, sexto aparte)

b. Decreto Ejecutivo N° 123

Este Decreto reglamenta los artículos 176 y 177 de la Ley N° 35, la cual adopta ciertas disposiciones del ADPIC, con la finalidad de garantizar la defensa de la actividad comercial legítima, dicho articulado contempla a saber:

Actuación de oficio

El Decreto establece que la Dirección General de Aduana podrá retener una mercancía en trámite, tal retención deberá notificarse al propietario del derecho protegido o a su apoderado legal registrado en la dirección y conforme a los datos inscritos en aduana; como también al consignatario de la mercancía. La norma establece un lapso de 5 días hábiles a partir de la fecha en que se retuvo la mercancía para tal notificación.

Las Modalidades de la Notificación

La norma establece las condiciones en que se debe llevar a cabo, considerando entre éstas las siguientes:

- Mediante edicto, fijado por 5 días hábiles, y se entenderá hecha la notificación a partir de la fecha de su desfijación. La fijación se hará en las oficinas del Departamento de Propiedad intelectual y en las oficinas de la aduana donde se efectúa la retención. Se prevé también, dentro de esta misma modalidad, fijar copia de la notificación, además, en la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial, del Ministerio de Comercio e Industria y/o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Mediante la publicación en un diario de circulación nacional por dos días consecutivos, a partir del día inmediatamente siguiente a la fijación del edicto. (Art. 10)

Solicitud de oposición al trámite de la mercancía

Una vez hecha la notificación, el titular del derecho o su apoderado pueden oponerse al trámite de las mercancías mediante escrito de oposición que se presentará en la Administración Regional de Aduana del lugar en el cual se realizó la retención.

Es de aclarar, que una vez hecha la notificación se puede presentar la circunstancia de que el titular del derecho protegido o su apoderado expresen el deseo de ver **muestra de la mercancía**, y si la naturaleza de las misma lo permite, la Administración Regional de la Dirección General de Aduana podrá entregar al interesado la muestra. Entrega que se llevará a cabo dentro de los 3 días hábiles siguientes a requerimiento de las mismas. (Art. 11)

Lapso de presentación del escrito de oposición

La circunstancia antes planteada hace que varíe o se manejen dos lapso en la presentación del escrito de oposición, ya que si esta circunstancia se da, el lapso para la presentación del escrito se hará *“dentro de un periodo de cinco (5) días hábiles luego de recibidas las muestras”*. (Art. 12). Si esta circunstancia no se da, el escrito de oposición se presentará *“al término de cinco (5) días hábiles a partir del día siguiente del termino del edicto de notificación”*. (Art. 12)

Liberación de la mercancía

De no existir oposición formal al trámite dentro del término legal establecido, la Administración Regional de Aduana de la Zona notificará al Ministerio Público de la presunta infracción y procederá a la inmediata liberación de la mercancía. (Art. 12)

Consignación de fianza

El Decreto establece la consignación de fianza por parte del propietario del derecho protegido en caso de oponerse al trámite de la mercancía. La fianza en cuestión deberá seguir parámetros establecidos como son: no mayor del 50% del avalúo de la mercancía retenida, deberá ser consignada con el escrito de oposición, podrá ser bancaria, de seguros, títulos de deuda pública del Estado o certificado de garantía. No aceptando fianzas monetarias o en efectivo. (Art. 13)

Una vez consignada la fianza, la Administración de Aduana notificará formalmente dentro de un término de tres días hábiles al Ministerio Público de la retención de la mercancía, remitiéndole el expediente junto con la mercancía, la fianza y demás documentos para su custodia, terminando así su actuación.. (Art. 14)

Actuación por órdenes de la autoridad competente

La aduana también actúa por medio de una orden de retención de mercancía que es impartida por la autoridad competente. Sin embargo, la norma no es específica cuál es la autoridad competente...

Cuando la aduana actúa bajo esta modalidad a ella solo le compete retener la mercancía, levantando un acta en la que conste:

- Identificación de la autoridad que practica la diligencia
- Resolución u oficio que ordena la retención de la mercancía
- La descripción, naturaleza, inventario y demás características que permitan la identificación de la mercancía.
- Datos del consignatario (Art. 17)

Retenida la mercancía y levantada el acta, la dirección General de Aduana la pondrá a disposición de la autoridad que practicó la diligencia,

siendo depositada la mercancía en el lugar que dicha autoridad señale. (Art. 18 y 19)

Actuación bajo denuncia

Esta actuación se produce cuando el denunciante suministra la información relativa a la descripción de la mercancía, datos del consignatario, contenedores, puerto de entrada al país, salida del país y/o cualquier dato que facilite la identificación de la mercancía. (Art. 20).

Nótese como el artículo en comento no exige al titular del derecho que presente pruebas suficientes que demuestren que existe presunción de infracción del derecho de Propiedad Intelectual.

Consignación de fianza

Al igual que en el caso de la actuación de oficio, el denunciante deberá consignar una fianza la cual presentará al momento de la solicitud y previamente a la retención de la mercancía. Al respecto, la norma establece en el Art. 21: “El solicitante deberá consignar fianza de B/2,000.00 al momento de la solicitud y previa la retención de la mercancía. Retenida la mercancía y efectuado el pago de la misma, dicha fianza deberá ser ajustada en un término no mayor de tres días hábiles para que sea consona – por lo ya establecido en el Decreto...”

En el supuesto de hecho de que la información aportada por el demandante sea falsa, la fianza será retenida por el término de tres meses a fin de responder al consignatario por los posibles daños y perjuicios que se les causen. (Art. 22)

Una vez que la Aduana retenga la mercancía, procederá a notificar al consignatario utilizando las mismas modalidades de notificación que en la actuación de oficio. (Art. 23).

Una vez que el denunciante haya consignado la fianza, la Dirección General de Aduana procederá a notificar dentro de un término de tres días al Ministerio Público, remitiéndole el expediente para la instrucción sumarial, la mercancía y la fianza para la custodia. (Art. 25).

5.5. Análisis comparativo de la normativa Venezuela y Panameña.

Analizadas las normativas contempladas por Venezuela y Panamá, es necesario comparar dichos procedimientos, en relación con la implementación de las medidas en fronteras contempladas en el ADPIC.

Normativa ADPIC	Legislación Venezolana	Legislación Panameña
Actuación a instancia de parte	No lo contempla	Lo contempla
Actuación de oficio	Contempla la actuación a instancia de autoridad competente	Lo establece, a demás de contemplar la actuación a instancia de autoridad competente
Se debe aplicar a las importaciones y exportaciones	No lo establece	Importaciones y Tránsito
Presentación de Demanda, pruebas fehacientes	Hay similitud, no obstante que tenga motivos validos.	
Exclusión de mercancías	Las pequeñas cantidades de mercancías que forme parte del equipaje y que no tenga carácter comercial.	Coincide sustancialmente
Recursos de los que puede Disponer las Administraciones Aduaneras	Regula la destrucción o eliminación de las mercancías, así como prohibir la reexportación o sometimiento a un procedimiento distinto, estableciendo además la posibilidad de donar las mercancías	Establece la destrucción o eliminación de las mercancías, así como prohibir la reexportación o sometimiento a un procedimiento distinto.
Duración de la suspensión	Establece el lapso de suspensión máximo de 10 días hábiles, excepcionalmente prorrogable	Lo establece

Normativa ADPIC	Legislación Venezolana	Legislación Panameña
Aporte de fianza o garantía por parte del demandante	No lo establece	Contempla la consignación de fianza, extendiéndose a las formas de constituir las.
Pronta notificación a las partes	Coincide sustancialmente	Lo establece ampliando su normativa al establecer las modalidades de la notificación.
Derecho de Inspeccionar la mercancías	No lo establece	Contempla el derecho de inspeccionar la mercancías, regulando el lapso en que debe practicarse según sea el caso
Derecho de las partes afectadas a una pronta revisión	No lo establece	Coincide sustancialmente con lo establecido en el ADPIC
Indemnización por retención infundadas	No lo establece	Coincide sustancialmente con lo establecido en el ADPIC.
Exoneración de Responsabilidad del funcionario	No lo establece	Lo establece

CAPITULO VI

6. CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES

El aumento vertiginoso que han alcanzando las violaciones de derechos de Propiedad Intelectual y que se deben, entre otras razones, a los avances tecnológicos que facilitan la reproducción de las distintas mercancías y al proceso de globalización de las economías, ponen de relieve la gran importancia que tiene la lucha contra los ilícitos en materia de propiedad intelectual en aduanera.

Precisando la vinculación existente entre la Propiedad Intelectual y la Administración Aduanera, vinculación que se fundamenta en el hecho de que las Aduanas son las encargadas de determinar y aplicar el régimen jurídico al tráfico de mercancías, asignándosele entre otras funciones la función del “control del *fraude comercial*”, función está que surge debido al tráfico de mercancías susceptible de vulnerar derechos de propiedad intelectual.

Asimismo se ha ratificado la existencia de los compromisos adquiridos por Venezuela en la lucha contra los ilícitos aduaneros en materia de Propiedad Intelectual, al mismo tiempo, se han indicado los daños que causa la falsificación y la piratería a las industrias y a los consumidores, generando grandes pérdidas por concepto de ingresos fiscales al país, ratificando, de esta manera, la aplicabilidad de las medidas en fronteras en Venezuela.

En relación a los procedimientos establecidos en la legislación nacional e internacional para impedir el ingreso de mercancías presuntamente violatorias de los derechos de propiedad intelectual en los circuitos legítimos comerciales, se concluye que el ADPIC, establece principios básicos para la protección de la Propiedad Intelectual los cuales deben aplicarse de forma

que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, la Decisión 486, contempla en su mayoría las disposiciones establecidas en el ADPIC, conformando un marco jurídico estable para la comercialización de los productos de propiedad intelectual facilitando el comercio internacional que debe ser aplicado por todos los estados miembros.

De los mecanismos de control establecidos en el ADPIC, puede afirmarse que el de las medidas en frontera constituye uno de los instrumentos más eficaces y apropiados para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, son medidas que deben establecerse con el cuidado de no hacer de ellas barreras que obstaculicen el comercio legítimo y/o las políticas económicas internacionales de los Estados.

De lo antes expuesto se desprende que las medidas en frontera constituyen uno de los instrumentos del ADPIC más difíciles y costosos de adoptar, entre otros motivos, puesto que requiere la dotación y el entrenamiento de las Administraciones Aduaneras en el manejo de modernas técnicas de control, entrenamiento que, necesariamente, debe incluir una formación especializada en materia de propiedad intelectual.

En Venezuela, la aplicación de las *medida en frontera* se ha caracterizado por la falta de coherencia en la incorporación del procedimiento establecido en el ADPIC, pudiéndose afirmar que el **factor legislativo** constituye uno de los elementos principales que inciden en la aplicación de las medidas en fronteras.

Específicamente, la falta de reglamentación de las normativa contemplada en la Ley Orgánica de Aduanas, ha influido de manera determinante en que las aduanas del país no ejerzan controles efectivos en la lucha contra el fraude comercial, puesto que no se ha establecido el procedimiento que deben seguir las administraciones aduaneras para la

suspensión del despacho en aduana de las mercancías susceptible de lesionar los derechos de propiedad intelectual.

En este punto, destaca la aprobación de la Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito de Mercancías, constituyendo un gran avance en la aplicación de las medidas en fronteras, al intentar lineamientos generales para la actuación de la Administración Aduanera, instrumento que permitirá retener e investigar las mercancías que no tienen autorización de una marca de fábrica o comercio idéntico a la marca validamente registrada y las copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho.

Sin embargo, se evidencia como se señaló anteriormente, algunas inconsistencias con los procedimientos establecidos en el ADPIC y la Decisión 486.

En este mismo orden de ideas, las normativas existente, establece que los ilícitos contra la propiedad intelectual son de acción privada lo que dificulta la actuación de las autoridades competentes.

Resaltando además, que a pesar de la existencia de un marco jurídico internacional, no han sido incorporadas en la legislación interna los dispositivos técnicos legales, contemplados, por tal motivo, sean elaborado varios proyectos de ley, con la finalidad de adecuar la normativa interna a las exigencias actuales del comercio internacional, sin embargo, por distintos motivos no han sido aprobados en la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, lo que constituye, para la investigadora, una falta de interés en la materia, desestimando de esta manera, el creciente auge de la Propiedad Intelectual en la economía del país.

En la actualidad el SENIAT, elaboró un Proyecto de Ley contra Piratería, previa autorización del Gabinete Económico, en el cual se prevé

que dicha actividad ilícita será calificada como un “delito de orden público”, y entre las penas que consagra dicho proyecto se incluyen penas privativas de libertad para los responsables e inhabilitación para las empresas que se dedican a esta actividad. En este contexto, el Presidente de la Dirección Nacional del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual, ha manifestado que no está de acuerdo con el enfoque de este proyecto, señalando “...que de ponerse en práctica este Instrumento legal *todos pasaríamos a ser delincuente...*”, de igual manera, manifestó que está en desacuerdo con que los delitos contra la propiedad intelectual pasen de ser de acción privada a pública, al señalar que “...el Estado no le puede cuidar el negocio a esas industrias...”, (declaraciones ofrecidas en Unión Radio y publicada en la <http://www.aporrea.org/dameverbo.php?docid=56572>).

Otro elemento que incide en la aplicación de la medida en fronteras, lo constituye las Relaciones Interinstitucionales, los tratados internacionales que regulan la materia, establecen la necesidad de crear *sistemas interconectados entre las aduanas y las oficinas competentes en materia de propiedad intelectual*, en este mismo orden, las normas establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas, destaca dicha relación interinstitucional al supeditar la actuación de las aduanas a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual (SAPI), para proceder a suspender el despacho de mercancía susceptible de lesionar los derechos de propiedad intelectual.

Igualmente, la Providencia Administrativa contempla la creación de un **registro de importadores**, que se organizará con la participación de las Cámaras y Asociaciones que agrupan a los Titulares de Derechos de Propiedad Intelectual, siendo necesaria para su implementación la creación de una base de datos que conecte a los Institutos involucrados y facilite el intercambio de información.

Destacando el hecho que hasta la presente fecha, no se ha coordinado las actuaciones de los órganos antes referidos, actuando, cada uno ellos, de manera separada en la lucha contra el fraude comercial. Por ejemplo, según lo manifestado por la Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, ha actuado de manera aislada de esta dirección, en cuanto a las propuestas realizadas en la lucha contra el fraude comercial. Lo que ha permitido que el intercambio de información no fluya de manera efectiva entre ambas instituciones. (M. Vilatimó, entrevista personal, Mayo 04, 2005).

En efecto, esta situación dificulta la implementación efectiva de la *medidas en fronteras*, ya que es indispensable la creación de un servicio de información que facilite el intercambio de información, y este intercambio debería realizarse a través de un sistema automatizado, expedito, confiable y seguro.

Aunado al hecho de que las políticas aplicadas por el SENIAT son inconsistentes con el procedimiento de *medidas en fronteras* contemplados en el ADPIC, puesto que las actuaciones realizadas carecen de un procedimiento ha seguir, lo cual dista de la aplicación de las medidas en frontera, ya que la mayoría de los decomisos realizados, son producto del control posterior ejercido por las aduanas, lo que indica, que las mercancías ya han ingresado al circuito comercial nacional, desnaturalizando el objetivo principal de la aplicación de las *medidas en fronteras*, ya que estas tienen por finalidad suspender el despacho de las mercancías susceptibles de lesionar los derechos de Propiedad intelectual, antes de ingresar a los circuitos comercial.

En conclusión, la aplicación de las medidas en frontera son ineficaces debido a que no existe un procedimiento preciso y completo en el marco

legal nacional que haga efectivo la retención de las mercancías susceptibles de lesionar los derechos de propiedad intelectual en aduana. Lo que demuestra la no efectividad de los mecanismos que se están aplicando para evitar la falsificación y la piratería, efectuándose retenciones de mercancías sin un procedimiento determinado.

RECOMENDACIONES

A continuación se presentan algunas recomendaciones, las cuales contribuirán con la aplicación de las medidas en frontera en Venezuela, tomando en cuentas las sugerencias realizada por la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual (AIPPI):

- Se sugiere la incorporación de las medidas en frontera en la Ley Propiedad Industrial y Derecho de Actor, adecuándolas a las exigencias y compromisos internacionales.

- Se recomienda la aplicación eficaz de controles exhaustivos en las operaciones de las mercaderías susceptibles de derechos de propiedad intelectual en las aduanas venezolanas, a través de la promulgación de una nueva Providencia Administrativa, que contemple de manera clara y precisa los procedimientos a seguir por la Administración aduanera en la suspensión del despacho de mercancía susceptible de lesionar derechos de propiedad intelectual, estableciendo, además, las responsabilidades de los funcionarios en la aplicación de las mismas y la constitución de fianza, hasta que sea aprobada la Ley contra La Piratería y su Reglamento.

- Así como estudiar la aplicación de las medidas en frontera en la República de Panamá, por ser uno de los países latinoamericanos que ha incorporado efectivamente las disposiciones establecidas en el ADPIC.

- Divulgar la trascendencia e impacto económico que causa la violación de los derechos de Propiedad Intelectual a nivel nacional e internacional a los fines de crear conciencia de los daños que causan a los Estados.
- Capacitación y formación de los funcionarios Aduaneros en materia de Propiedad Intelectual.
- Dotar a las Aduanas de las novísimas herramientas tecnológicas, las cuales deberán ser actualizadas periódicamente, así como la capacitación de los funcionarios en el manejo de las mismas.
- Promover la facultad que tienen la Administración Aduanera para retener y/o inspeccionar las mercancías presuntamente violatorias de los derechos de propiedad intelectual.
- Agilizar el proceso de *modernización y sistematización* de las aduanas, a los fines de facilitar el ejercicio de controles sobre las mercancías objeto de operaciones aduaneras y en especial de la propiedad intelectual, fomentando de esta manera la lucha contra el fraude comercial.
- Pronta creación de un servicio base de datos informática que le permita tener la información confiable en el menor tiempo, lo cual permitirá agilizar la toma de decisiones e impedir, si es el caso, el Desaduanamiento de las mercancías que afecten los derechos de Propiedad Intelectual.
- Se debe coordinar las acciones ha emprender a nivel nacional por las autoridades involucradas en la materia, como el Servicio Autónomo de Propiedad intelectual y el Ministerio Público y la Administración Aduanera, precisando el rol de cada una de ellas en la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Dicha coordinación no se debe limitar al ámbito nacional, ya que como se señaló anteriormente, en la mayoría de los casos, la consumación de los ilícitos se lleva a cabo en países distinto al país productor de las mercaderías falsas y piratas.
- Las medidas en frontera se deben extender a las marcas notorias, así como a las marcas que no hayan sido registradas pero que, de cualquier otro modo, gocen de protección bajo la ley nacional del país de importación.

- Se debe tomar en cuenta que no solo se puede vulnerar los derechos de propiedad intelectual en la operación aduanera de importación, por tal motivo se recomienda que se extiendan las medidas en frontera a las mercancías en tránsito y a las mercancías que vayan a ser exportadas, ya que se podrían infringir derechos de propiedad intelectual en el país del tránsito o en el país de la exportación, respectivamente.
- Dar a conocer a los titulares de Derecho de Propiedad Intelectual, los recursos con los que cuenta al momento de resguardar sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

- Abreu, A. (1998) *La Propiedad Intelectual En El Derecho Venezolano*. Universidad de los Andes. Mérida. Venezuela.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). www.omc.com/acuerdos
- Antequera, R. (1.998). *Derecho De Autor*, Editorial Venezolana C.A. Caracas Venezuela.
- Antequera, R. (1998). *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la propiedad intelectual. Caracas - Venezuela.
- Arancel de Aduanas. (N° 3.679). (2005, Mayo 30). [Trascripción en línea]. Disponible: <http://www.seniat.gov.ve>. [Consulta: 2006, enero 25].
- Arias, F. (1999). *El Proyecto de Investigación* (3ra Ed.). Caracas, Venezuela: Oriol Ediciones.
- Arteaga, M., Bianchi, P., Méndez, R., (1.999). *Temas Marcarios*. Caracas: Livrosca. C.A.
- Asprino, M. (1.998). *La propiedad intelectual*. Publicación de la Facultad de Derecho. Mérida. Venezuela.
- Astudillo Gómez, F. (1.995) *La Protección Legal de las Invenciones. Especial referencia a la Biotecnología*. Universidad de Los Andes. Consejo de publicaciones.
- Asuaje Sequera, Carlos. (2002) *Derecho Aduanero*. (2ra Ed.). Caracas, Venezuela: Editorial Buchivacoa, C.A.
- Ayú Prado, J. (2.004). *La Observancia de los Derecho de Propiedad Intelectual. Margarita: Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Propiedad Industrial. (t. 2). Colección Eventus. Universidad de Margarita*.
- Boylos C. (1957). *Tratado de Derecho Industrial*. Segunda Edición, Civitas - Madrid, 1993.

- Bermúdez, M. (2.000). *Protección Jurídica de las Obras Literarias al amparo de la Decisión 351 de la Comunidad Andina*. Tesis de Postgrado. Universidad de los Andes. Postgrado de Propiedad Intelectual, Mérida.
- Bunge, M. (1996). *La Ciencia, su Método y su Filosofía*. Editorial Panamericana.
Bogotá. Colombia.
- Camargo F., M. (1999) *Legislación Aduanera*, Caracas. Venezuela.
- Carrero, E. (1.963) *Sobre el Derecho de Autor*. Universidad de los Andes. Mérida. Venezuela.
- Castán, A. (2000). *Las Medidas En Frontera Como Medio De Lucha Contra La Piratería Comercial*. Consultado en Agosto 2.004, de <http://www.elzaburu.com/novedades>
- Chávez, A y Mogna, L. (1981). *Las patentes de invención y su influencia en el desenvolvimiento comercial*. Industrial de Venezuela. Caracas.
- Comunidad de Andina de Naciones. [Pagina Web en línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.com/normativas/decisiones>. [Consulta: 2.004/2005, agosto/febrero]
- Constitución. (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 36.860, Enero 30, 1999. Caracas, Venezuela.
- Convenio de Paris Para la Protección de la Propiedad Industrial. www.wopi.org/convenios.htm.
- Correa, B. y Otros. (1996). *Derecho de Patentes*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial*. 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid.
- Decisión N° 345. De la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, aprobada en octubre de 1993 [Trascripción en línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/pdf> [Consulta: 2004 Abril, 22]
- Decisión N° 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común de Derecho de Autor y Derechos Conexos [Trascripción en

línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.org/decisiones>
[Consulta: 2004 Abril, 22]

Decisión N° 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.org/decisiones> [Consulta: 2004 Abril, 22]

Fonseca, A. (1997). *Gestión Aduanera en el Mercado Internacional*. Maracaibo. Ed. Venezuela.

Gómez, M. (2001). *Medidas en Fronteras en la Comunidad Europea*. Consultado en Agosto 2004, de <http://www.elzaburu.com/novedades>

Grimaldo, G. (2003). *El Derecho Procesal Penal Industrial en la Comunidad Andina. Especial referencia a la Falsificación de Marcas*. Tesis de Postgrado. Universidad de los Andes. Postgrado de Propiedad Intelectual, Mérida.

Guerra, M. (2000). *Modernización Aduanera y Comercio Exterior Venezolano*. Fondo Editorial Tropykos. Venezuela.

Guillermo, A. (2003). *Medidas en Fronteras en la Zona Libre Cultural, Científica y Tecnológica del Estado Mérida*. Tesis de Postgrado. Universidad de los Andes. Postgrado de Propiedad Intelectual, Mérida.

Hernández, S. (1998). *Metodología de la Investigación*. (2a. ed.). México: Mc Graw Hill.

Herrera D., R. (2002). *Régimen de Propiedad Intelectual en la Zona Libre de Colon y Aduanas*. Consultado en julio de 2.004, de <http://www.legalinfo-panama.com/articulos>

Hurtado de Barrera, J. (2000). *Metodología de la Investigación Holística*. (3a. ed.) Caracas: Fundación Sypal.

Hurtado, J de Barrera. (1998). *Metodología de la Investigación Holística*. SYPAL. Segunda edición, Caracas. Venezuela

Ley Aprobatoria de la Adhesión de Venezuela al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias. Gaceta Oficial Extraordinaria N°2.954 de 11/05/82. Disponible: <http://www.analitica.com/bit.htm>. [Consulta: 2004, Enero]

- Ley Aprobatoria de la Adhesión de Venezuela al Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas. Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 2.891 de 23/12/81. <http://www.analitica.com/bit.htm>. Consulta: 2004, Enero.
- Ley Aprobatoria del Convenio que Crea el Consejo de Cooperación Aduanera, Gaceta Oficial N° 35.966 de fecha 24/05/96.
- Ley de Propiedad industrial. Gaceta Oficial N° 25.227 de fecha 10 de diciembre de 1956. [Trascripción en línea]. Disponible: <http://www.analitica.com/bit.htm>. Consulta: 2004, Enero.
- Ley Orgánica Aduana (1999 Diciembre 22). Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela, 5.416.
- Ley sobre Derecho de Autor y Ramos Conexos. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638 de Fecha 01/10/93.
- Lipzyc, D. (2004). *Derecho de Autor y Derechos Conexos. Margarita: Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Propiedad Industrial. (t. 1). Colección Eventus. Universidad de Margarita.*
- Lypszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos. Argentina. Ediciones UNESCO.*
- Manual del Consejo de Cooperación Aduana, sobre medidas para combatir el fraude Comercial. [Pagina Web en línea]. Disponible: <http://www.wcoomd.org>
- Martínez, H. (2002). Reuniones de la *Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial*. Disponible: <http://www.prensalibre.com/pl/archivo.htm>. [Consultado: diciembre 2004]
- Méndez Andrade, R., y otros. (2005). *La Protección de los derechos de propiedad intelectual en la Universidad de los Andes, Venezuela: Pautas para establecer modelos de gestión protección y observancia*. Disponible: <http://www.saber.ula.ve/cgi-be>. [Consultado: septiembre 2005]
- Moya. E. (2003). *Elementos de Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Tercera Edición. Editorial Móvil Libros. Venezuela.

- Naciones Unidas (2003). [Pagina Web en línea]. Disponible: <http://www.un.gov/centrodeinformacion/spanish>. [Consulta: 2.004 julio]
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). [Pagina Web en línea]. Disponible: <http://www.wopi.org>. [Consulta: 2004 julio]
- Palacios, M. (2004). *La Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual y el Nuevo Escenario Económico Internacional*. Margarita: Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Propiedad Industrial. (t. 2). Colección Eventus. Universidad de Margarita.
- Ponce López, F. (2001). *La Propiedad Inmaterial, Medidas de Frontera*, 2, 59-68.
- Providencia Administrativa sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Importación y Tránsito Aduanero de Mercancías. (N° 38.314). (2005, Noviembre 15). [Trascripción en línea]. Disponible: <http://www.seniat.gov.ve>. [Consulta: 2006, enero 25].
- Ramos, M. (1999). *Normas de Propiedad Intelectual Y Su Aplicación A Través de Medidas en Aduana*. Tesis de Grado no Publicada, Escuela Nacional de hacienda Publica, Caracas, Venezuela.
- Rivas, Hayle. (2000). *Legislación Aduanera*. Editorial Volumen, Venezuela
- Rodríguez, M. (2004). *La Observancia de los Derecho de Propiedad Intelectual: Acciones y Recursos, Medidas Provisionales, Medidas en Frontera y Medidas Tecnológicas*. Margarita: Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Propiedad Industrial. (t. 2). Colección Eventus. Universidad de Margarita.
- Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria. (2005) [Pagina Web en línea]. Disponible: <http://www.seniat.gov.ve>. [Consulta: 2004/2005, agosto / febrero]
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador, (2001). *Manual de Trabajos de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Instituto Pedagógico de Caracas, Vicerrectorado de Investigación y Postgrado.
- Vega, M. (2003). *Diseño Industrial, Protección Jurídica de una disciplina Técnica*. Tesis de Postgrado. Universidad de los Andes. Postgrado de Propiedad Intelectual, Mérida.
- Vignoly Palop, R. (1997). *Adquisición, Mantenimiento y Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Los Derechos de Propiedad*

Intelectual relacionado con el Comercio. Tomo II. Dir. Iglesia Prada. Madrid.

Tamayo y Tamayo, M (2000). *El Proceso de la Investigación Científica*. Editorial Limusa S.A, - México.

Torres, M. (2000). *Lucha contra La Piratería en Colombia: Una estrategia de unión*. Disponible: <http://www.wopi.org/public>. [consulta: 2005.abril,18]

Sherwood, R., (1992). *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. Editorial Heliastra S.R.L., Argentina.

Zuleta, H. (1989). *GATT y Derechos Intelectuales Propuesta de las comunidades empresariales de los Estados Unidos, Europa Occidental y Japón, Derechos Intelectuales*, Volumen 4. Editorial Astrea. Buenos Aires