

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Hacia un régimen eficaz de medias en frontera para
combatir el comercio ilícito en Ecuador**

Fanny Alicia Salgado Macías

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 15 de abril de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Fanny Alicia Salgado Macías

Código: 00202365

Cédula de identidad: 1310854581

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

HACIA UN RÉGIMEN EFICAZ DE MEDIDAS EN FRONTERA PARA COMBATIR EL COMERCIO ILÍCITO EN ECUADOR¹

TOWARDS AN EFFECTIVE BORDER MEASURES REGIME TO COMBAT ILLICIT TRADE IN ECUADOR

Fanny Alicia Salgado Macías²
alicia.salgadom@outlook.com

RESUMEN

Las medidas en frontera son un mecanismo de observancia de derechos de propiedad intelectual que está orientada a la suspensión aduanera ante presunciones de trasgresión de derechos de los titulares. El presente estudio propuso prácticas de mejora a dicho sistema con el fin de maximizar la protección de los derechos intelectuales y a su vez asegurar el comercio justo. En efecto, mediante métodos mixtos de investigación se analizó exhaustivamente el régimen a tal punto que identificó las principales falencias. De esta forma, se reveló que Ecuador, en 5 años, tramitó 11.7 veces menos casos de medidas en frontera que Perú en 3 años. De tal forma que, es imperante el estudio de esta figura para superar esta alarmante situación que quebranta el sistema y da paso a fenómenos como la falsificación y el comercio ilícito.

PALABRAS CLAVE

Medidas en frontera, propiedad intelectual, aduana, falsificación, piratería.

ABSTRACT

Border measures are a mechanism for the enforcement of intellectual property rights that is aimed at customs suspension in the event of presumptions of infringement of the rights of the holders. The present study proposed practices to improve this system in order to maximize the protection of intellectual rights and at the same time ensure fair trade. Indeed, through mixed research methods, the regime was exhaustively analyzed to such an extent that the main shortcomings were identified. In this way, it was revealed that Ecuador, in 5 years, processed 11.7 times fewer cases of border measures than Peru in 3 years. In such a way that the study of this figure is imperative to overcome this alarming situation that breaks the system and gives way to phenomena such as counterfeiting and illicit trade.

KEY WORDS

Border measures, intellectual property, customs, counterfeiting, piracy.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Carlos Alberto Arroyo Del Río Verdelli.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. CONTEXTO LEGAL.- 6. PROTECCIÓN PENAL.- 7.-MEDIDAS EN FRONTERA Y MEDIDAS CAUTELARES.- 8. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS EN FRONTERA EN ECUADOR.- 9. LA REALIDAD PRÁCTICA DEL SISTEMA.- 10. FALENCIAS DEL ACTUAL RÉGIMEN.- 11. DERECHO COMPARATIVO.- 12. RECOMENDACIONES.- 13. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Las medidas en frontera se instauraron como un método de protección que pretende evitar que productos infractores a los derechos intelectuales entren en el comercio nacional, esto al retenerlos desde la operación aduanera³. Por su parte, el sistema extiende el amparo a obras literarias y artísticas, marcas y obtenciones vegetales. Empero, se aclara que esta investigación descarta del estudio a este último por tratarse de una figura recién incorporada al régimen.

Para Barbosa y López, la aduana es un elemento esencial dentro de este sistema de protección, pues al tener acceso de primera mano a las mercaderías que ingresan y salen del territorio nacional, tienen la facultad de autorizar el levante inmediato en caso de incumplimiento de las normas nacionales⁴. Por consiguiente, la supervisión de la autoridad aduanera resulta ser un mecanismo que permite contrarrestar la actividad ilegal y criminal que trae consigo la falsificación y piratería.

Ahora bien, en el Ecuador se han concebido dos modelos de medidas en frontera a lo largo de la historia⁵. El primero es mixto, pues otorga competencia tanto a aduana como a la autoridad de derechos intelectuales. El segundo es exclusivo, pues la competencia recae únicamente en la autoridad de derechos intelectuales⁶. Sin embargo,

³ Interpretación Prejudicial No.27-IP-2017, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 07 de septiembre de 2018, pág. 14.

⁴ Juan Barbosa y Juan López, “Aspectos aduaneros de la propiedad intelectual: las medidas en frontera”, en *Innovación y Propiedad Intelectual: Tendencias Siglo XXI*, (Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 507.

⁵ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías, 14 de enero de 2022, transcripción: <https://n9.cl/uvcxx>, (último acceso: 15/04/2022).

⁶ *Id.*

esta mutación en los modelos acarreó un desliz en la eficacia de protección pues, según los expertos, llevó a Ecuador del mejor sistema de medidas en frontera en Latinoamérica, a uno con notorias falencias⁷.

Como se observará con posterioridad, los datos señalan que Perú en 3 años tramitó 11.7 veces más casos de lo que tramitó Ecuador en 5 años - 1170% más. Esta cifra es alarmante, pues demostraría un quebrantamiento en el sistema de protección ecuatoriano y la apertura a fenómenos como el comercio ilícito y contrabando; trascendiendo de esta forma a un ámbito de interés público. Por lo expuesto, emerge la interrogante: ¿cómo implementar un sistema de medidas en frontera que proteja al máximo los derechos intelectuales y a su vez asegure el comercio justo?

En aras de resolver el problema planteado, el presente estudio analizará líneas de investigación que determinen diversos enfoques frente a la temática. Además, se delimitará la normativa aplicable y su incorporación en el ejercicio práctico. Por último, se determinarán las falencias actuales y posibles soluciones con el fin de propiciar cambios sustanciales en el sistema.

Para tal efecto, la propuesta metodológica es la siguiente: deductiva, mediante un análisis normativo específico a la materia que parta de lo general a lo particular; método mixto para la obtención de información, es decir, técnicas cualitativas como entrevistas semi-estructuradas a expertos en el área aduanera y propiedad intelectual, y recursos cuantitativos obtenidos a partir de informes de gestión pública; histórica, respecto a la evolución normativa del régimen; explicativa, referente a las causales de las falencias en el sistema; y, dogmático, al incorporar las apreciaciones doctrinarias más relevantes.

2. Estado del arte

El siguiente apartado aborda una revisión exhaustiva de literatura referente al régimen de medidas en frontera dentro del sistema andino y europeo; enfocándose básicamente en su conceptualización, el fin que persigue y los fenómenos que busca combatir. De esta forma, se tendrá una base compuesta con los principales aportes académicos respecto al tema de estudio.

Barbosa y López catalogan a las medidas en frontera como instrumentos que pretenden controlar y evitar infracciones a derechos de propiedad intelectual⁸. De igual

⁷ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

⁸ Juan Barbosa y Juan López, "Aspectos aduaneros de la propiedad intelectual: las medidas en frontera", 505-528.

forma aclaran que, para lograr la suspensión aduanera, el titular deberá obligatoriamente sustentar, mediante pruebas fidedignas, la trasgresión de los derechos de propiedad intelectual que le han sido reconocidos⁹.

Respecto a la intervención de la autoridad aduanera, Liebbe sostiene que es imprescindible, puesto que es la primera institución que se enfrenta a presuntos casos de vulneración de derechos intelectuales en frontera¹⁰. Ahora bien, recalca que esta función es meramente preventiva y no resolutoria¹¹. Cuestión que, para Barbosa y López no es la óptima, pues lo ideal sería que la misma aduana resuelva la controversia. Sin embargo, reconocen que, para tal fin, es imperante contar con un área especializada en propiedad intelectual dentro de las dependencias aduaneras¹².

Por lo tanto, ambas líneas de pensamiento respaldarían la intervención estatal dentro del régimen de protección en fronteras. Específicamente, introducen la importancia de otorgar competencia a la autoridad aduanera, al ser la única entidad de control y monitoreo de las mercancías que entran y salen del territorio fronterizo; enfoque que se pretende adoptar en este estudio.

Por su parte, Moreno agrega que estas medidas buscan mitigar actos de piratería y falsificación; fenómenos que se posicionan entre las principales infracciones a los derechos intelectuales¹³. No obstante, no son los únicos, Armengot también evidencia la competencia desleal como una problemática que está tomando mayor fuerza. Dichos actos desleales contra los consumidores, competidores y al mercado como tal, son el resultado de la participación de organizaciones delincuenciales asociadas al contrabando y a otro sinnúmero de ilícitos¹⁴.

En consecuencia, Caselles concuerda con la necesidad de implementar medidas preventivas en frontera; sin embargo, advierte que estas deben ir a la par de otras acciones,

⁹ Juan Barbosa y Juan López, “Aspectos aduaneros de la propiedad intelectual: las medidas en frontera”, 505-528.

¹⁰ María Liebbe, “El Derecho Aduanero y la propiedad intelectual”, en *Derecho Aduanero*, (Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 373-386.

¹¹ *Id.*, 379.

¹² Juan Barbosa y Juan López, “Aspectos aduaneros de la propiedad intelectual: las medidas en frontera”, 515.

¹³ José Moreno, “Claves para una lucha eficaz contra la distribución y venta de falsificaciones”, en *Propiedad Industrial 2021*, (N/D: Editorial Tirant lo Blanch, 2021), 378 – 425.

¹⁴ Alicia Armengot, “Diligencias preliminares, medidas cautelares y especialidades probatorias en materia de competencia desleal”, en *Actos de Competencia Desleal y su Tratamiento Procesal*, (Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 205 – 263.

por ejemplo, con la interposición de denuncias penales¹⁵. Esto por el hecho que, el ámbito penal sanciona con penas más severas a los infractores. De este modo, se lograría establecer una real eficacia en la protección de derechos intelectuales¹⁶.

En otra línea, Corberá promueve la alianza entre el sector privado y el Estado como supuestos sustanciales para la eficiencia de las medidas en frontera¹⁷. Por un lado, establece que el Estado, al conceder estos derechos intelectuales exclusivos de explotación, asume la función de protector y garantizador del goce y ejercicio pleno de los derechos concedidos¹⁸. Por otro lado, menciona que la eficacia en la acción viene también de la cooperación y coordinación con el sector privado, pues nadie más que este conoce las características intrínsecas de su producto u obra¹⁹.

Por tal motivo, Liebbe sostiene que las políticas públicas de protección se han vuelto de tal importancia que, los estados han optado por celebrar cada vez más tratados bilaterales y regionales para la protección jurídica de los derechos intelectuales²⁰. Barbosa y López justifican esa actuación al explicar que es imperativo para los estados proteger a los titulares y sus derechos, puesto que esto asegura futuras inversiones dentro de sus territorios y su competitividad en el comercio internacional²¹.

En contraposición, Armengot menciona que actualmente la realidad es otra, pues los titulares de derechos intelectuales sufren una doble vulneración²². Por un lado, son los testigos directos de cómo sus derechos son transgredidos por la falsificación y la piratería y, por otro, son quienes afrontan con los costos económicos de traslado, almacenaje y destrucción de los productos que las autoridades intervienen²³.

¹⁵ Juan Caselles, “Acciones penales en defensa de la propiedad intelectual en sentido amplio” en *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, (N/D: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 598 – 631.

¹⁶ *Id.*, 601.

¹⁷ José Corberá, “Actos concretos de competencia desleal: engaño, confusión, denigración, comparación, imitación y publicidad ilícita”, en *Actos de Competencia Desleal y su Tratamiento Procesal*, (Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 437 – 512.

¹⁸ *Id.*, 441.

¹⁹ *Id.*, 442.

²⁰ María Liebbe, “El Derecho Aduanero y la propiedad intelectual”, 373-386.

²¹ Juan Barbosa y Juan López, “Aspectos aduaneros de la propiedad intelectual: las medidas en frontera”, 510.

²² Alicia Armengot, “Diligencias preliminares, medidas cautelares y especialidades probatorias en materia de competencia desleal”, 243.

²³ *Id.*

3. Marco teórico

El régimen de medias en frontera se ha posicionado como la primera opción ante la vulneración de derechos intelectuales en zonas fronterizas²⁴; por consiguiente, el presente apartado busca exponer otras líneas de pensamiento que conjuguen las propuestas de protección con diferentes enfoques y campos de acción. Finalmente, se tomará una posición frente a la teoría que resulte más oportuna para tutelar los derechos, y que garantice una verdadera eficacia en el ámbito de protección.

En primera instancia, el amparo de los derechos intelectuales está íntimamente arraigado con la concepción de la teoría utilitaria, la cual concibe que el derecho debe velar por la protección de los intereses y la elección del mejor medio para su realización²⁵. En consecuencia, la intervención estatal resultaría imperante para lograr dicho fin, pues es el Estado el que posee la facultad de emitir políticas públicas que garanticen el ejercicio pleno y el goce de los derechos concedidos.

Ahora bien, la teoría del Derecho Administrativo Sancionador propone además que el Estado debe ejercer una potestad sancionadora propia ante actos de desobediencia de los administrados; esto con el fin de mantener el orden y cumplir con lo prescrito en las ordenanzas y reglamentos²⁶. De esta manera, el *ius puniendi* del Estado deriva de las condiciones políticas y jurídicas establecidas en la Constitución – principio de legalidad, pues éste buscaría la satisfacción de las necesidades colectivas y el establecimiento de sanciones como medios de protección para los derechos objeto de tutela²⁷.

De manera similar, la teoría del Derecho Penal Económico también concibe una sanción punitiva para los agresores de derechos intelectuales. En efecto, el bien jurídicamente protegido es un derecho de explotación exclusivo; el titular o quien ostente el derecho, el sujeto pasivo; y los transgresores, el sujeto activo²⁸. Zaffaroni sugiere además que, el elemento subjetivo del tipo requiere obligatoriamente de dolo, el cual se

²⁴ Lina Rodríguez, “Perspectiva intencional de las medidas en frontera”, *ELAPI Ecuador: Propiedad Intelectual* 7 (2020), 44.

²⁵ N. M. Korkunov, “La idea del derecho y sus diferentes concepciones”, en *Lecciones de teoría general del derecho*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 121-130.

²⁶ Enrique Sayagués, *Tratado de derecho administrativo*, ed. 6, (N/D: Fundación de Cultura Universitaria, 1988), 98-123.

²⁷ José Valdivia, “El control de la administración”, en *Manual de derecho administrativo*, (Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch, 2021), 151-153.

²⁸ Luis Arroyo Zapatero, “Protección penal de la propiedad intelectual”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, (Madrid: Universidad de Castilla, 1994), 159 - 167.

presenta en dos momentos: 1) en el actuar en perjuicio de un tercero y, 2) en el ánimo de lucro²⁹.

Finalmente, desde el ámbito civil se parte del postulado de Locke, en el cual se establece que una persona debe gozar del fruto de sus esfuerzos de forma exclusiva, y no se lo puede privar o limitar sin causa legalmente justificante³⁰. En el caso de la explotación de derechos de autor y marcarios, el uso indebido de estos puede conllevar un menoscabo al titular, sea patrimonial o extrapatrimonial³¹. De tal forma que, la teoría general del daño condenaría la conducta ilícita del agente provocador - responsabilidad civil extracontractual – y lo obligaría a reparar al titular por el perjuicio causado³².

El régimen de medidas en frontera obliga que, en un plazo máximo determinado por la ley, el titular del derecho interponga las acciones correspondientes en contra del agente infractor. Entre estas, el titular podría optar por una medida administrativa, penal o civil³³; descritas en las teorías antes referidas. Por lo expuesto, la presente investigación se posicionará por la teoría del Derecho Penal Económico pues, como se evidenciará con posterioridad, asegura una protección y una sanción oportuna que garantiza un sistema eficaz de medidas en frontera.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

El presente apartado tiene como objetivo enunciar la línea legal y jurisprudencial más relevante respecto al régimen de medidas en frontera. De esta forma, se abordará la concepción normativa internacional, regional y nacional de la protección de derechos intelectuales. Asimismo, se introducirá la jurisprudencia que resulta pertinente para conceptualizar y determinar la naturaleza del sistema de protección. A continuación, la legislación y jurisprudencia aplicable.

El sistema de medidas en frontera se rige por lo establecido en la Constitución del Ecuador³⁴. Este cuerpo reconoce la protección de los derechos intelectuales, por lo

²⁹ Eugenio Zaffaroni, “Interdisciplinariedad del derecho penal con otros saberes”, en *Manual de Derecho Penal: Parte general*, (Buenos Aires: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, 2007), 159-164.

³⁰ John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid: Alianza, 1990), 10-23.

³¹ Ángel García, “Las marcas y nombres comerciales”, en *Las Acciones Civiles por Infracción de la Propiedad Industrial*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 48-49.

³² Luis Díez-Picazo, “La responsabilidad civil extracontractual”, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, (Madrid: Civitas, 2011), 19-58.

³³ Ángeles Puente, entrevistado por Alicia Salgado Macías.

³⁴ Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

que garantiza el goce y ejercicio pleno de los derechos de exclusividad de los titulares³⁵. Asimismo, obliga al Estado a implementar mecanismos de sanción ante la ocurrencia de prácticas de competencia desleal que pretendan transgredir a estos derechos³⁶.

Desde el ámbito internacional, se analizará al Convenio de París³⁷, CUP, pues establece la obligación de los Estados a reprimir actos de piratería y falsificación que vulneren derechos de propiedad industrial³⁸. Además, el Convenio de Berna³⁹, el cual posibilita el comiso de la importación de ejemplares que trasgredan derechos de autor⁴⁰. Finalmente, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁴¹, ADPIC, ya que prescribe el régimen general de medidas en frontera y las acciones sancionatorias ante la falsificación dolosa⁴².

Respecto al ámbito regional, se abordará la Decisión 486⁴³ que establece un procedimiento específico de medidas en frontera para la protección de derechos marcarios⁴⁴. Asimismo, la Decisión 351⁴⁵, la cual determina la prohibición de importación de copias que vulneren derechos de autor⁴⁶. Finalmente, la Decisión 574⁴⁷, que faculta a las autoridades aduaneras de cada país miembro a realizar controles en las operaciones de importación y exportación, y establece un régimen para tal fin⁴⁸.

Desde el ámbito nacional, se empleará el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación⁴⁹, COESCCI, y su reglamento⁵⁰,

³⁵ Artículo 322, CRE, 2008

³⁶ Artículo 335, CRE, 2008.

³⁷ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual, [CUP], París, 02 de octubre de 1979, ratificada por el Ecuador el 29 de julio de 1999.

³⁸ Artículo 9, 10, y 10 ter, CUP.

³⁹ Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, [Convenio de Berna], París, 24 de julio de 1971, reformado por última vez el 2 de octubre de 1979, ratificada por el Ecuador el 28 de marzo de 1991.

⁴⁰ Artículo 16, Convenio de Berna.

⁴¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, [ADPIC], N/D, 1 de enero de 1995, ratificada por el Ecuador el 21 de enero de 1996.

⁴² Artículo 61, ADPIC.

⁴³ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, [Decisión 486], Lima, 14 de septiembre de 2000, ratificado por Ecuador el 2 de febrero de 2001.

⁴⁴ *Ver*, artículos 250, 251, 252, 253, 254 y 255, Decisión 486.

⁴⁵ Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, [Decisión 351], Lima, 17 de septiembre de 1993, ratificado por Ecuador el 25 de enero de 1994.

⁴⁶ Artículos 13 y 37, Decisión 351.

⁴⁷ Decisión del Acuerdo de Cartagena 574, [Decisión 574], Santa Cruz de la Sierra, 30 de enero de 2002, ratificado por Ecuador el 12 de diciembre de 2003.

⁴⁸ Artículo 3, Decisión 574.

⁴⁹ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, [COESCCI], R.O. Suplemento 899 de 09 de diciembre de 2016, reformado por última vez R.O. D/N de 21 de enero de 2022.

⁵⁰ Reglamento al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, [RCOESCCI], R.O. Suplemento 9 de 07 de junio de 2017, reformado por última vez R.O. D/N de 03 de agosto de 2021.

y el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁵¹, COPCI; pues estos cuerpos normativos establecen los lineamientos generales para la aplicación de medidas en frontera en el Ecuador. Adicionalmente, se tratará el Código Orgánico Integral Penal⁵², COIP, mismo que tipifica los delitos en contra de la propiedad intelectual y establece las disposiciones relativas a la aplicación de sanciones y agravantes.

Empero, se recalca que la normativa nacional antes descrita será analizada en conjunto con las reformas introducidas al COESCCI, COPCI y COIP, por la Ley Orgánica que Reforma Diversos Cuerpos Legales para Reforzar la Prevención y el Combate al Comercio Ilícito, Fortalecer la Industria Nacional y Fomentar el Comercio Electrónico⁵³, en adelante Ley Reformatoria.

Por último, se considerará la Interpretación Prejudicial 504-IP-2015 de 17 de noviembre de 2017, dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA; y la Interpretación Prejudicial 27-IP-2017 de 07 de septiembre de 2018, también dictada por el TJCA. Estas líneas jurisprudenciales amplían lo prescrito en la normativa andina y permiten un mejor entendimiento del régimen de medidas en frontera, lo cual habilita a una correcta aplicación en el ejercicio práctico.

5. Contexto legal

El régimen de propiedad intelectual se rige fundamentalmente por lo que prescribe la Constitución respecto al reconocimiento y protección de los derechos intelectuales⁵⁴. Específicamente, al reconocerlos como un tipo de propiedad, compromete al Estado a regular y garantizar el ejercicio de estos siempre que hayan sido adquiridos de conformidad con la Ley⁵⁵.

En el caso pertinente a los derechos de autor y otros derechos conexos, la Constitución reconoce expresamente la protección de estos y, a su vez, garantiza el goce de los derechos morales y patrimoniales que se deriven de las obras científicas, literarias,

⁵¹ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, [COPCI], R.O. Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010, reformado por última vez R.O. D/N de 29 de noviembre de 2021.

⁵² Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. D/N de 28 de enero de 2022.

⁵³ Ley Orgánica que Reforma Diversos Cuerpos Legales para Reforzar la Prevención y el Combate al Comercio Ilícito, Fortalecer la Industria Nacional y Fomentar el Comercio Electrónico, [Ley Reformatoria], R.O. Suplemento 525 de 27 de agosto de 2021.

⁵⁴ Lina Rodríguez, “Perspectiva intencional de las medidas en frontera”, 45.

⁵⁵ Artículo 322, CRE, 2008.

o artísticas a favor de los autores⁵⁶. Esto con el fin de incentivar el desarrollo creativo y cultural de las producciones en el Ecuador⁵⁷.

Por otro lado, la Constitución también contempla la competencia desleal como un fenómeno que puede llegar a afectar directamente a los derechos de propiedad intelectual. De esta forma, establece que es obligación del Estado implementar mecanismos de sanción para todas aquellas actuaciones que puedan constituir prácticas de comercio desleal⁵⁸. De modo similar, establece que el Estado velará por la competencia justa, fomentará la igualdad de condiciones entre comerciantes y asegurará la transparencia en los mercados⁵⁹; todo esto con el fin de evitar el aprovechamiento injusto.

5.1. Convenios internacionales

El CUP⁶⁰, es un importante aporte que estableció un régimen internacional de protección para los derechos de propiedad industrial. Introduce también el fenómeno de la competencia desleal, y lo conceptualiza como “el acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial⁶¹”. En consecuencia, la normativa establece que los países miembros deberán asegurar una protección eficaz en contra del comercio desleal, mediante recursos judiciales y administrativos que permitan reprimir los actos de piratería y falsificación que atenten en contra de los derechos intelectuales⁶².

En el caso de productos de comercialización internacional que lleven una marca o nombre comercial ilícitamente, serán objeto de embargo en el país donde fue importado o del que fue exportado⁶³. Este procedimiento a su vez está sujeto a lo prescrito en este convenio y a la ley interna de cada país de la Unión⁶⁴. Mismo tratamiento se dará cuando los productos contengan indicaciones falsas respecto a la procedencia o la identidad comercial del fabricante⁶⁵.

Por otra parte, el Convenio de Berna determina un importante sistema de protección para obras literarias y artísticas, sin embargo, no extiende esa regulación para casos en concreto de medidas en frontera. Ahora bien, para el caso de ejemplares

⁵⁶ Artículo 22, CRE, 2008.

⁵⁷ Sara Martín y Mariano Teijeira, “Derecho de autor”, en *Derecho de la propiedad intelectual: Derecho de autor y propiedad industrial*, (N/D: Tirant Lo Blanch, 2017), 45.

⁵⁸ Artículo 335, CRE, 2008.

⁵⁹ Artículo 336, CRE, 2008.

⁶⁰ Convenio cuyo depositario es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI.

⁶¹ Artículo 10 bis, CUP.

⁶² Artículo 10 ter, CUP.

⁶³ Lina Rodríguez, “Perspectiva intencional de las medidas en frontera”, 45.

⁶⁴ Artículo 9, CUP.

⁶⁵ Artículo 10, CUP.

falsificados, la norma sí habilita el comiso de la importación que vulnere derechos con protección legal y estable que se realizará conforme la legislación de cada país⁶⁶. En consecuencia, no prescribe ni restringe la aplicación de las medidas.

Otro instrumento internacional es el ADPIC, el cual sostiene que los Estados deberán tomar acciones frente a los procesos de importación o exportación de productos que se presuman piratas o falsificados. Para esto, se deberá facultar a las autoridades judiciales y administrativas competentes, a fin de que impidan la libre circulación de estos productos⁶⁷. Este tipo de procedimientos puede iniciarse ya sea de oficio, o a petición del titular del derecho; empero, ambas requerirán de pruebas contundentes que demuestren la infracción de un derecho de propiedad intelectual⁶⁸.

Las medidas que se soliciten a petición de parte requerirán una demanda en donde se establezca a detalle la mercadería que se considera infractora, esto con el fin de que la autoridad aduanera pueda reconocerla con facilidad⁶⁹. Además, el ADPIC concede al titular un derecho de inspección e información, el cual consiste en autorizarlo a examinar la mercadería en conflicto, y de exigir al importador las facilidades pertinentes al caso⁷⁰. En contrapartida, las autoridades competentes podrán ordenar al demandante a pagar una indemnización por los daños que resultasen de la retención⁷¹.

Finalmente, el ADPIC concibe la posibilidad de que se impongan sanciones penales para casos relacionados con falsificación dolosa de marcas⁷². Estos recursos comprenden: decomiso y destrucción de la mercadería, sanciones pecuniarias, y/o penas privativas de libertad⁷³. Esto sin lugar a duda incorporaría un fuerte aporte para el régimen de medidas en frontera, pues facultaría a jueces y fiscales penales a perseguir y sancionar con mayor severidad a los autores y cómplices de delitos contra los derechos intelectuales.

5.2. Normativa andina

El fundamento para la aplicación del régimen de medidas en frontera es la potestad del titular a impedir el uso o explotación de su derecho de propiedad intelectual

⁶⁶ Artículo 13 y 16, Convenio de Berna.

⁶⁷ Artículo 51, ADPIC.

⁶⁸ Artículos 52 y 58, ADPIC.

⁶⁹ Artículo 52, ADPIC.

⁷⁰ Artículo 57, ADPIC.

⁷¹ Artículo 56, ADPIC.

⁷² Artículo 61, ADPIC.

⁷³ Artículo 61, ADPIC.

a terceros no autorizados⁷⁴. Este derecho de prohibición, también conocido como *ius prohibendi*, ha sido incorporado en la normativa andina para la protección de marcas⁷⁵ y derechos de autor⁷⁶. Por lo tanto, como se evidenciará a continuación, las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, basan sus regulaciones de conformidad con esta facultad.

La Decisión 486, que sustituyó a la antecedente Decisión 344, regula medidas en frontera únicamente para los derechos marcarios, dejando a un lado las demás ramas de la propiedad industrial. Asimismo, hace aplicable este régimen únicamente a procesos de importación y exportación, pues excluye a mercancías que se encuentren en mero tránsito⁷⁷.

En su capítulo tercero establece que dicha acción se activa, por regla general, con la solicitud de suspensión de una cierta operación aduanera y, de forma optativa, de oficio de la autoridad competente⁷⁸. Para fundamentar la reclamación, el titular de la marca podrá inspeccionar la mercancía y determinar de esa forma si en efecto se estaría vulnerando o no su derecho⁷⁹.

Posteriormente, la autoridad nacional resolverá respecto a la suspensión y notificará al solicitante, importador/exportador y a la autoridad aduanera⁸⁰. Dentro de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación, el titular deberá iniciar la acción por infracción, caso contrario se levantará la medida⁸¹. Finalmente, una vez que se determine la infracción cometida, los productos retenidos serán decomisados o destruidos por la autoridad competente, sin perjuicio de las acciones legales que tome el titular del derecho o la apelación del demandado⁸².

Cabe mencionar que, el régimen de la Decisión 486 excluye la aplicación de estas medidas a los derechos invencionales, tales como patentes, modelos de utilidad,

⁷⁴ Raquel Sampredo y Elena Rojas, “La protección registral de los derechos de la propiedad industrial”, en *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, (N/D: Tirant Lo Blanch, 2017), 2.

⁷⁵ Ver, artículo 155 Decisión 486.

⁷⁶ Ver, artículo 13 y 76 Decisión 351.

⁷⁷ La Decisión 689 adecua ciertos artículos de la Decisión 486, y extendió la aplicación a mercancías que se encuentren en régimen de tránsito, no obstante, el Ecuador no lo ratificó y no lo incorporó en la legislación nacional.

⁷⁸ Depende de legislación interna del País Miembro.

⁷⁹ Artículos 250 y 251, Decisión 486.

⁸⁰ Artículo 252, Decisión 486.

⁸¹ Artículo 253, Decisión 486.

⁸² Artículo 255, Decisión 486.

diseños industriales, entre otros⁸³. Además, descarta también de la protección a las mercancías que no tengan carácter comercial y que pertenezcan al equipaje de los viajeros⁸⁴. Una disposición que evitaría activar el aparataje estatal para casos menores, pero que en el fondo deja un vacío respecto a una definición clara de ‘carácter comercial’.

Respecto a la competencia desleal, la Decisión 486 la cataloga como “[todo] acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestas⁸⁵”. Tales serían los casos de: 1) los actos que incitan confusión al consumidor, 2) los que desacrediten los productos o actividades de un competidor y, 3) los que inducen al error respecto a la naturaleza y origen de un determinado producto o servicio⁸⁶.

Por otra parte, la Decisión 351 de la CAN, toma parte de la esencia del Convenio de Berna, e incorpora un sistema de protección de derechos de autor y derechos conexos. Esta Decisión no contiene un apartado como tal de medidas en frontera, no obstante, reconoce el derecho de prohibir “la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho⁸⁷”; e incluye de igual forma la importación de copias de fonograma realizadas sin la aprobación previa del titular – replicas ilícitas⁸⁸.

Como se evidencia, la Decisión 351 no determina un procedimiento para la aplicación de medidas en frontera, sin embargo, se considera que cada país miembro tendrá la potestad de implementar el sistema que considere oportuno o, a su vez, adecuar el régimen previsto en la Decisión 486. En el caso ecuatoriano, se ha optado por lo segundo, pues actualmente se aplica el mismo régimen tanto para derechos marcarios como para derechos de autor.

Finalmente, la Decisión 574, referente al control aduanero, tiene como propósito crear un conjunto de medidas comunes que sirvan para establecer un mercado andino libre de fraude y competencia desleal. En tal virtud, obliga a las autoridades aduaneras a aplicar controles en las operaciones de comercio exterior y sobre las mercancías que

⁸³ A diferencia de lo que ocurre en el ADPIC, pues este instrumento sí extiende la aplicación de estas medidas a derechos de propiedad industrial.

⁸⁴ Artículo 256, Decisión 486.

⁸⁵ Artículo 258, Decisión 486.

⁸⁶ Artículo 259, Decisión 486.

⁸⁷ Artículo 13, Decisión 351.

⁸⁸ Artículo 37, Decisión 351.

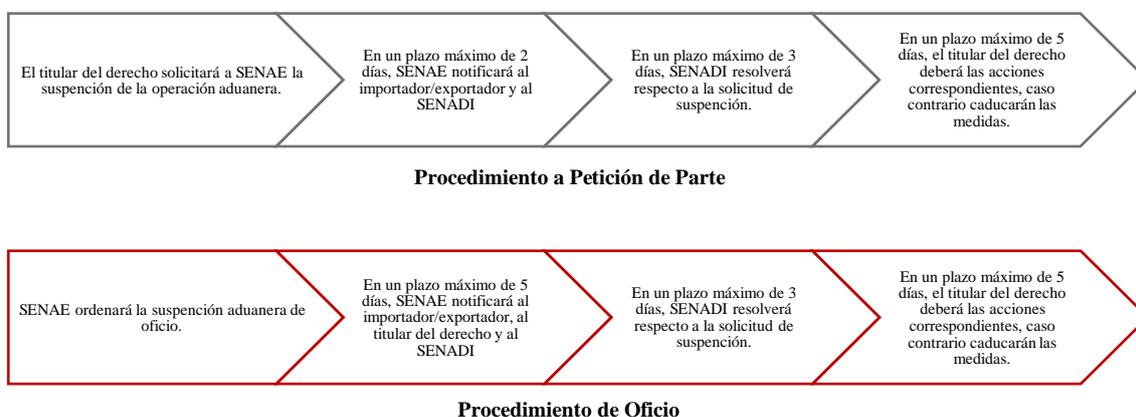
ingresen y salgan del territorio nacional⁸⁹. Deberá realizarse en tres fases: 1) control anterior, 2) control durante el despacho y, 3) control posterior⁹⁰.

El control previo o anterior, inicia tras la existencia de un documento que indique el próximo arribo de mercancía a una operación aduanera⁹¹. En esta fase se verifica datos de los importadores, exportadores, y el objeto de operación. El control durante el despacho se realiza cuando la mercadería ya se ha puesto a disposición de las autoridades aduaneras y termina con el levante de la misma⁹². Por su parte, el control posterior inspecciona las declaraciones aduaneras por medio de la gestión de riesgo, de esta forma se evita la afectación del patrimonio material e inmaterial del estado y los particulares⁹³.

5.3. Legislación nacional

El COESSCI, también denominado como ‘Código Ingenios’, guarda profunda relación con lo prescrito en la Decisión 486 y el ADPIC⁹⁴. Específicamente, la referida norma incorpora el mismo procedimiento administrativo que prescribe la Decisión 486; no obstante, introduce ciertas especificaciones respecto a los plazos que deben cumplirse. A continuación, el detalle:

Gráfico No.1 Procedimiento ecuatoriano de Medidas en Frontera.



Fuente: Elaboración propia, a partir de lo prescrito en los artículos 576, 580 y 582 del COESSCI.

⁸⁹ Artículo 3, Decisión 574.

⁹⁰ Artículo 4-8, Decisión 574.

⁹¹ Efrén Minuche, “Procedimientos de control aduanero: Entre la eficiencia y el debido proceso en el derecho comparado”, en *Derecho aduanero*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020), 243-245.

⁹² *Id.*, 243.

⁹³ Sibylle Bauer, “Challenges and Good Practices in Detecting, Investigating and Prosecuting Export control violations”, en *Detecting, investigating, and prosecuting export control violations* (Estocolmo: Stockholm International Peace Research Institute, 2019), 8-10.

⁹⁴ Respecto al derecho de suspensión aduanera, inspección de mercadería, notificaciones y fianzas.

Respecto a las sanciones, el COESCCI prescribe que el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, SENADI, mediante resolución motivada, deberá sancionar al infractor, ya sea importador o exportador, con una multa de 1.5 a 142 salarios básicos unificados, SBU⁹⁵, y resolverá respecto a la adopción de medidas cautelares de ser pertinente⁹⁶.

Por su parte, el reglamento al COESCCI agrega que, SENADI podrá disponer la retención de mercadería que se presume infractora y, de ser preciso, retirarlos de los canales comerciales⁹⁷. Asimismo, obliga al Servicio Nacional de Aduanas, SENA, a proporcionar a los titulares de los derechos de autor o marcas, toda aquella información respecto a las mercaderías que ingresen al territorio ecuatoriano⁹⁸.

En concordancia, el COPCI faculta a la SENA a suspender por un máximo de 5 días hábiles toda operación que vulnere derechos intelectuales, y lo obliga a notificar tanto al SENADI como al titular del derecho sobre las medidas aplicadas⁹⁹. Además, regula el destino de los productos infractores, bien sea por adjudicación gratuita, destrucción o subasta pública¹⁰⁰.

Respecto a los productos infractores, el COPCI prioriza la adjudicación gratuita a favor de la asistencia social sin fines de lucro, siempre que se oculte o desaparezca la marca que resultó infractora¹⁰¹. De no ser así, cabe la destrucción de la mercadería, que a su vez estará a cargo de una dirección distrital y se llevará a cabo dentro de los 30 días posteriores al decomiso¹⁰². Y, como último recurso, la subasta pública, mismo que se realizará siempre que sea más beneficiosa para el Estado y previo informe técnico¹⁰³.

Finalmente, con la reciente vigencia de la Ley Reformatoria, se ha introducido modificaciones a los principales cuerpos legales que regulan el régimen de medidas en frontera en el Ecuador. Entre la normativa tratada se encontró el COIP¹⁰⁴, COPCI¹⁰⁵ y el COESCCI¹⁰⁶. De esta forma, se fortaleció la defensa a los derechos intelectuales por medio de la adecuación de penas a delitos asociados con el comercio ilícito, actos lesivos

⁹⁵ El SBU para el 2022 es de \$425 mensuales.

⁹⁶ Artículo 581, COESCCI.

⁹⁷ Artículo 61, RCOESCCI.

⁹⁸ Artículo 61, RCOESCCI.

⁹⁹ Artículos 211 y 218, COPCI.

¹⁰⁰ Artículos 202, 203 y 204, COPCI.

¹⁰¹ Artículos 203, COPCI.

¹⁰² Artículos 204, COPCI.

¹⁰³ Artículos 202, COPCI.

¹⁰⁴ Ver, artículos 1 – 10, Ley Reformatoria.

¹⁰⁵ Ver, artículos 11 – 18, Ley Reformatoria.

¹⁰⁶ Ver, artículos 21 – 22, Ley Reformatoria.

contra la propiedad intelectual, contrabando y defraudación aduanera; mismos que fueron analizados con anterioridad.

Por lo expuesto, se declara que el Ecuador tiene un amplio sustento legal que regula cada uno de los ámbitos del régimen de medida en frontera; en consecuencia, se descarta la ausencia normativa como una causal para la inobservancia de los derechos intelectuales. Ahora bien, se deberá determinar si el problema recae en la aplicación diligente y el conocimiento de la norma, cuestiones que se evaluarán con posterioridad.

6. Protección penal

La vulneración de los derechos intelectuales es un asunto que atañe también al derecho penal. Bajo tal premisa, Osorio explica que las actividades ilícitas en contra de los titulares es una realidad que deriva directamente de la globalización en el comercio¹⁰⁷. En consecuencia, las nuevas modalidades de acción criminal obligan al sistema a crear nuevos tipos penales con el fin de reprimir las conductas agresoras¹⁰⁸. La teoría del derecho penal económico reconoce que el bien jurídicamente protegido en estos casos es el derecho exclusivo del titular, y el fin del infractor será la especulación comercial¹⁰⁹.

Por su parte, el ADPIC faculta a los estados a establecer procesos penales para casos de piratería lesiva a derechos de autor o falsificación dolosa de marcas; además, faculta acciones de decomiso y destrucción de los productos infractores y penas privativas cuando el caso lo amerite¹¹⁰. En efecto, el Ecuador incorporó en su legislación estas disposiciones en el COIP, y tipificó varios tipos penales que se relacionan con la trasgresión de derechos intelectuales. A continuación, el detalle.

Para el caso específico de control aduanero, el COIP establece que quien busque evadir dicha vigilancia estará incurriendo en el delito de contrabando. Para calificar en este tipo penal, es imprescindible que la cuantía de la mercancía sea igual o mayor a 10 SBU – \$4.250, y que además incida en 1 o más de los actos descritos en los numerales del articulado¹¹¹. En caso de configurar el delito, el causante será sancionado con pena

¹⁰⁷ César Osorio, “La discusión penal sobre la protección de la propiedad intelectual en la era digital: aproximación político criminal a la problemática planteada por la aparición de los sistemas P2P”, en *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2019), 230.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Mario Uribe, “La tutela penal de la propiedad industrial”, en *Derecho penal de la propiedad industrial*, (México D.F.: Tirant Lo Blanch, 2022), 267.

¹¹⁰ Artículo 61, ADPIC.

¹¹¹ *Ver*, artículo 301, COIP

privativa de libertad de 3 a 5 años, una multa de hasta 6 veces el valor de la mercadería y el comiso de ésta.

Ahora bien, si se encuentra de por medio la transgresión directa a un derecho marcario, los responsables también podrán ser juzgados por el delito de ‘Actos lesivos a la propiedad intelectual’, el cual es sancionado con “[...] pena privativa de libertad de 6 meses a un 1, comiso y multa de 8 hasta 300 salarios básicos unificados [...]”¹¹², por el cometimiento de los siguientes actos ilícitos:

[...] 4. Almacene, fabrique, utilice, oferte en venta, venda, importe o exporte: [...] Un producto o servicio que utilice un signo distintivo o denominación de origen no registrada, idéntica o similar a una denominación de origen registrada en el país. [...]”¹¹³.

Con la misma pena se sanciona también a las personas que vulneren los derechos de autor y derechos conexos¹¹⁴. Entre los actos que califican el delito ‘Actos lesivos a los derechos de autor’, se encuentran: 1) la introducción al país y circulación de reproducciones ilícitas de obras que excedan el número autorizado por el titular, 2) la fabricación, importación, exportación y venta de sistemas o softwares que descifren satelitalmente programas de telecomunicaciones sin autorización previa del titular, 3) reproducción total o parcial de obras sin la autorización respectiva, entre otros¹¹⁵.

Entre las disposiciones relativas, se aclara que para configurar los delitos tipificados en los artículos 208A y 208B, es requisito que los actos ilícitos se realicen a escala comercial, es decir, cuando la mercadería infractora esté valorada en más de 50 SBU¹¹⁶ - \$21.250¹¹⁷. Además, establece que para la imposición de la pena se considerará el monto del perjuicio causado, y si los objetos infractores causan daño a la salud o se cometieron en contra de obras inéditas, constituiría un agravante a la pena¹¹⁸.

Adicionalmente, si 2 o más personas se asocian para incurrir en los delitos antes referidos, podrán ser juzgados además por el delito de Asociación Ilícita¹¹⁹; misma que será sancionada con pena privativa de libertad de 3 a 5 años. Sin embargo, para la

¹¹² Artículo 208A, COIP.

¹¹³ Artículo 208A, COIP.

¹¹⁴ Artículo 208B, COIP.

¹¹⁵ Artículo 208B, COIP.

¹¹⁶ Artículo 208C, COIP.

¹¹⁷ En caso de que la mercadería infractora no alcance la valoración de 50 SBU, no califica como delito por Actos lesivos a la propiedad intelectual. En dicho caso, podría considerarse otros tipos penales como los previamente referidos o, una tutela administrativa.

¹¹⁸ Artículo 208C, COIP.

¹¹⁹ Ver, artículo 370 COIP.

calificación de este tipo penal se deberá probar el hecho de la asociación y el delito cometido en contra del derecho intelectual.

Por lo antes expuesto, se afirma que el COIP ha tratado de crear una esfera de protección más robusta para los derechos intelectuales, pues sanciona con mayor fuerza a los infractores y cómplices. Por ende, una denuncia penal luego de la ratificación de la medida en frontera resulta ser la mejor opción por dos razones: 1) se obtiene una reparación y sanción más rápida que en un proceso de tutela administrativa y, 2) se inicia una investigación fiscal por los hechos denunciados y se determinan autores y cómplices, cuestiones que no son posibles por el ámbito civil o administrativo.

6. Medidas en frontera y medidas cautelares

Las medidas en frontera y las medidas cautelares se caracterizan por su naturaleza preventiva, es decir, actúan previo a la comisión de una infracción con el fin de asegurar la protección de los bienes jurídicos, en este caso, los derechos de propiedad intelectual¹²⁰. No obstante, estas medidas también presentan particularidades que las diferencian, mismas que se detallan a continuación.

Tabla No. 1 Diferencias entre medidas en frontera y medidas cautelares.

	Medias en Frontera	Medidas Cautelares
Clases	Solamente para la suspensión de la operación aduanera ¹²¹ .	Listado meramente enunciativo en la Decisión 486 ¹²² .
Bienes a los cuales recae	Mercadería falsificada o pirata que vulnere derechos de autor ¹²³ , y derechos marcarios ¹²⁴ .	Productos y medios utilizados que vulnere derechos de propiedad intelectual, siempre que sean plenamente identificados ¹²⁵ .
Legitimación	El titular del derecho, siempre que demuestre que cierta operación aduanera vulnera sus derechos ¹²⁶ .	Titular del derecho protegido, sea persona natural o jurídica ¹²⁷ .

¹²⁰ Martín Badillo, *Diccionario jurídico*, (México D.F.: Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 953.

¹²¹ Artículo 250, Decisión 486.

¹²² Ver, Artículo 246, Decisión 486.

¹²³ Artículo 51 ADPIC.

¹²⁴ Artículo 250, Decisión 486.

¹²⁵ Artículo 249, Decisión 486.

¹²⁶ Artículo 250, Decisión 486.

¹²⁷ Interpretación Prejudicial No.27-IP-2017, pág. 17.

Oportunidad	Previo al cometimiento de la infracción – antes de entrar al circuito de comercio ¹²⁸ .	Antes, durante o después del cometimiento de infracción.
Autoridad que ratifica la medida	Autoridad nacional competente en derechos intelectuales.	Autoridad nacional competente para resolver medidas cautelares.
Objeto de la acción	Suspender la operación aduanera que infringe derechos de propiedad intelectual.	Suspender la comercialización de productos u obras que infrinjan derechos de propiedad intelectual.
Garantía	Cabe, siempre que la medida en frontera se efectúe por solicitud de parte.	La autoridad competente deberá solicitar una garantía al titular del derecho previo a ordenar la medida cautelar.
La carga de la garantía	Se la solicita al denunciante ¹²⁹ .	Puede ser solicitada tanto al importador como al solicitante.
Ausencia de intervención de la contraparte en la ejecución de la medida ¹³⁰	No se puede aplicar por analogía el Art. 248 ante la no notificación del importador.	La medida cautelar quedará sin efecto de pleno derecho si ha sido ejecutada sin intervención de la otra parte ¹³¹ .

Fuente: Elaboración propia, a partir de lo prescrito en la Interpretación Prejudicial 27-IP-2017¹³² y 504-IP-2015¹³³.

Como se puede observar, dependiendo de las circunstancias fácticas se procederá a aplicar la medida que más convenga tanto al titular como a sus derechos. Para ejemplificar, si una determinada mercadería se encuentra aún a disposición de las autoridades aduaneras, es oportuno interponer una solicitud de medidas en frontera, porque de esta forma se evitaría que la carga entre a los circuitos de comercio. Ahora bien, si ésta ya ingresó al tráfico comercial, es factible que se dicte una medida cautelar que suspenda la comercialización de los productos infractores.

A pesar de ello, esto no significa que ambas medidas sean excluyentes, al contrario, pueden complementarse. Es perfectamente viable que se solicite una medida en frontera y luego medidas cautelares; esto por el hecho que la primera da inicio a una

¹²⁸ Artículo 253, Decisión 486.

¹²⁹ Artículo 250, Decisión 486.

¹³⁰ Ambas medidas se notificará a la contraparte en el momento de la ejecución y no antes.

¹³¹ Artículo 248, Decisión 486.

¹³² Interpretación Prejudicial No.27-IP-2017, párr. 18.

¹³³ Interpretación Prejudicial No. 504-IP-2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 17 de noviembre de 2017, pág. 16.

acción principal, la tutela administrativa, misma que habilita la interposición de medidas cautelares de ser necesario¹³⁴. De esta forma, se demostraría que ambas medidas pueden constituir un complemento perfecto para evitar la consumación de la infracción.

7. Evolución del régimen de medidas en frontera en Ecuador

El régimen de medidas en frontera en el Ecuador ha estado en constante mutación, especialmente en el ámbito de la competencia. Inicialmente, instauró un sistema mixto con la Ley de Propiedad Intelectual¹³⁵, pasó a un sistema exclusivo con la promulgación del COESCCI en 2016 y, finalmente, volvió a un sistema mixto luego de la entrada en vigor de la Ley Reformativa que enmendó el actual COESCCI en 2021¹³⁶. A continuación, un resumen de las principales diferencias entre cada régimen.

Tabla No. 2 Evolución de las medidas en frontera dentro del ordenamiento ecuatoriano.

	Ley de Propiedad Intelectual	Antiguo COESCCI	Actual COESCCI luego de la Ley Reformativa
Solicitud de suspensión de operación aduanera	A petición de parte		
	El titular debía solicitar la suspensión ante los administradores de aduanas. En caso de negativa, el peticionario podía recurrir directamente ante el Presidente del IEPI ¹³⁷ .	El titular debía presentar la solicitud ante la autoridad de derechos intelectuales ¹³⁸ .	El titular deberá presentar la solicitud ante la autoridad aduanera - SENA E ¹³⁹ .
	De oficio		
	Los administradores	IEPI/SENADI ¹⁴¹ ordenaba la	SENAE ordena la suspensión

¹³⁴ Pablo Montenegro, entrevistado por Alicia Salgado Macías, 20 de marzo de 2022, transcripción: <https://n9.cl/uvcxx>, (último acceso: 23/03/2022).

¹³⁵ Ley de Propiedad Intelectual, R.O. Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. N/D de 09 de diciembre de 2016.

¹³⁶ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

¹³⁷ Artículo 342, Ley de Propiedad Intelectual.

¹³⁸ Artículos 575 y 576, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, [antiguo COESCCI], R.O. Suplemento 899 de 09 de diciembre de 2016.

¹³⁹ Artículo 576, COESCCI.

¹⁴¹ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

	de aduana y el IEPI ratificaba o revocaba ¹⁴⁰ .	suspensión aduanera ¹⁴² .	aduanera y SENADI ratifica o revoca ¹⁴³ .
Información sobre la importación/exportación	Aduana remitía informe al Presidente del IEPI ¹⁴⁴ .	El solicitante debía suministrar la información precisa de los productos presuntamente infractores a IEPI/SENADI ¹⁴⁵ .	El solicitante debe suministrar la información ¹⁴⁶ precisa a la SENA E ¹⁴⁷ .
Fianza	Posibilita la exigencia de una caución, pero no designa a una autoridad en particular ¹⁴⁸ .	IEPI/SENADI era quien exigía la fianza o garantía para la suspensión de la operación aduanera ¹⁴⁹ .	SENA E debe exigir la constitución de la fianza o garantía ¹⁵⁰ .
Sanción	No especifica sanción, pero establece que todo lo actuado se remitirá a un juez de lo penal ¹⁵¹ .	De 1.5 SBU a 142 SBU ¹⁵² .	De 1.5 SBU a 142 SBU ¹⁵³ .
Caducidad de la medida	5 días hábiles contados desde la petición del titular ¹⁵⁴ .	10 días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión aduanera sin que el titular haya activado una acción por infracción ¹⁵⁵ .	5 días hábiles contados desde la fecha de notificación de la suspensión aduanera sin que el titular haya activado una acción por infracción ¹⁵⁶ .

¹⁴⁰ Artículo 342, Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁴² Artículo 575, antiguo COESCCI.

¹⁴³ Artículo 576, COESCCI.

¹⁴⁴ Artículo 342, Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁴⁵ Artículo 577, antiguo COESCCI.

¹⁴⁶ Artículo 577, COESCCI.

¹⁴⁷ Lo que estipula el Art. 577 del COESCCI es criticable, ¿cómo se puede pedir al titular, si es la propia aduana quien tiene la información de las importaciones y potestad de verificación de contenedores?

¹⁴⁸ Artículo 343, Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁴⁹ Artículo 578, antiguo COESCCI.

¹⁵⁰ Artículo 579, COESCCI.

¹⁵¹ Artículo 343, Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁵² Artículo 581, antiguo COESCCI.

¹⁵³ Artículo 581, COESCCI.

¹⁵⁴ Artículo 343, Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁵⁵ Artículo 582, antiguo COESCCI.

¹⁵⁶ Artículo 582, COESCCI.

Exclusiones	No especifica.	Mercancías que no tengan carácter comercial ¹⁵⁷ .	Mercancías que no tengan carácter comercial de conformidad con la normativa aduanera ¹⁵⁸ .
-------------	----------------	--	---

Fuente: Elaboración propia, a partir de lo prescrito en la Ley de Propiedad Intelectual, el COESCCI y su versión reformativa.

Como se puede observar, con la Ley de Propiedad Intelectual, las medidas en frontera nacieron como un modelo mixto; es decir, la autoridad aduanera y el IEPI compartían competencia para resolver este tipo de medidas, sea estas de oficio o a petición de parte. No obstante, dicha Ley no contemplaba a detalle el régimen que debía seguirse, por lo que en la práctica se incorporó acciones que mejoraban el ejercicio de las medidas en frontera. Tal es el caso de la inscripción de los derechos de propiedad intelectual en aduana y la capacitación continua a los funcionarios públicos¹⁵⁹.

Según Puente, era muy usual que los titulares inscriban sus derechos ante la autoridad aduanera por medio de un escrito simple. Dicho documento contenía una descripción breve de la marca o derecho de autor, información respecto al importador o exportador, y la solicitud expresa de vigilancia de la misma, acompañada de un instructivo para identificar mercadería pirata¹⁶⁰. En consecuencia, los datos provistos se incorporaban en el aforo documental de aduana y servía como una guía al momento de las operaciones de control.

Por otro lado, también era común que el titular brinde capacitaciones a las autoridades aduaneras y, de esta forma, los funcionarios adquirirían habilidades para detectar productos falsificados o piratas¹⁶¹. Como resultado, este método permitió a la aduana realizar acciones de control con mayor diligencia y experticia. En efecto, todas estas prácticas llevaron al “[...] Ecuador a ser reconocido como el país con el mejor sistema de medidas en frontera en Latinoamérica¹⁶²”; pues estructuró una verdadera alianza entre las instituciones públicas y el sector privado.

¹⁵⁷ Artículo 583, antiguo COESCCI.

¹⁵⁸ Artículo 583, COESCCI.

¹⁵⁹ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

Posteriormente, con la promulgación del COESCCI se instauró un sistema exclusivo de competencia para la autoridad de derechos intelectuales. Por su parte, introdujo también la obligación de la aduana a reportar todas las operaciones de importación y exportación mediante un boletín público; sin embargo, esto nunca sucedió¹⁶³. En consecuencia, Puente explica que esto conllevó a un debilitamiento del sistema de control, pues durante 6 años fueron muy pocos los casos en donde se dictaron medidas en frontera¹⁶⁴.

Finalmente, con la Ley Reformatoria se instaura nuevamente el sistema mixto y, por ende, SENAIE vuelve a ser una autoridad competente. De esta forma, se espera que el reconocido sistema de fronteras ecuatoriano vuelva a posicionarse como uno de los mejores de América Latina; sin embargo, deben superarse ciertas falencias que están comprometiendo tal fin, mismas que se detallarán con posterioridad.

8. La realidad práctica del sistema

Mediante Resolución No. 004 de 2021¹⁶⁵, emitida por la Dirección General del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, se delegó a la Dirección Nacional de Propiedad Industrial y a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, la competencia para la sustanciación y prosecución de las medidas en frontera inherentes a derechos de propiedad industrial y derechos de autor respectivamente¹⁶⁶.

Al ser órganos de una institución pública, estas direcciones tienen la obligación de remitir anualmente informes de transparencia en donde se plasme los resultados de las gestiones realizadas¹⁶⁷. Por tal razón, se ha publicado informes de gestión en cuyo fondo se revela un control cuantitativo de las solicitudes de medidas en frontera que se han presentado desde 2017 hasta la actualidad. El detalle a continuación.

¹⁶³ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

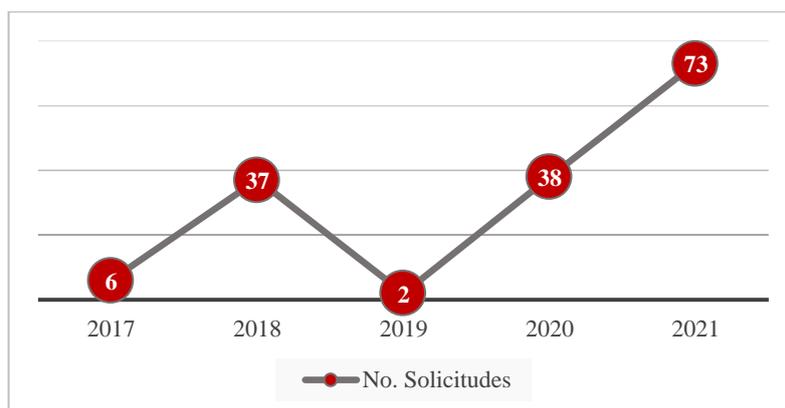
¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ Resolución 004-2021-DG-NI, Dirección General del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales [Por medio del cual se dota de competencia a las direcciones especializadas de SENADI], Registro Oficial 581 de 19 de noviembre de 2021.

¹⁶⁶ *Ver*, artículo 14 y 15, Resolución 004-2021-DG-NI.

¹⁶⁷ Artículo 9, 10 y 11, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social [LOCPCCS], R.O. Suplemento 22, de 09 de septiembre de 2009, reformado por última vez R.O. N/D de 23 de marzo de 2018.

Gráfico No.2 Solicitudes de medidas en frontera en Ecuador entre 2017 y 2021.



Fuente: Elaboración propia, a partir del Informe de Gestión 2017 – 2021 de SENADI¹⁶⁸.

De lo anterior se desprende que, durante los últimos 5 años analizados, se han presentado 156 solicitudes de medidas en frontera¹⁶⁹; de las cuales, 83 se concibieron durante el régimen del antiguo COESCCI – 2017 a 2021 – y, el restante 73, se requirieron dentro del sistema mixto que impuso la Ley Reformatoria a partir del 27 de agosto de 2021. Este resultado podría deberse a varios factores, sin embargo, el cambio normativo sigue siendo el indicador más claro y la principal causal. Por lo tanto, los cambios normativos sí han influido en la ejecución práctica de las medidas en frontera.

Gráfico No.2 Solicitudes de medidas en frontera en Ecuador vs. Perú



Fuente: Elaboración propia, a partir de fuente bibliográfica¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SENADI, “Informe de Gestión Dirección Nacional de Propiedad Industrial 2017-2021”, N/D, disponible en: <https://n9.cl/uvexx>.

¹⁶⁹ El referido informe no especifica si los requerimientos iniciaron por presuntas vulneraciones a derechos marcarios o de autor; así como tampoco menciona si fueron o no ratificadas por las Direcciones pertinentes.

¹⁷⁰ Akemi Figueroa, “¿Las Medidas en Frontera en el Perú son eficaces para tutelar los Derechos de Propiedad Intelectual? Planteamiento de un Procedimiento Electrónico Simplificado.”, (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 40.

Ahora bien, entre 2017 y 2019, Perú registró 1821 solicitudes, mientras que Ecuador se presentaron 156 entre 2017 y 2021. En otras palabras, Perú en 3 años tramitó 11.7 veces más casos de lo que tramitó Ecuador en 5 años, es decir, 1170% más. Entonces, resulta evidente que el número de solicitudes es directamente proporcional a la eficiencia del sistema implementado pues, a diferencia de Ecuador, Perú mantuvo un sistema mixto en donde otorgaba competencia tanto a aduana como a la autoridad de derechos intelectuales.

9. Falencias del actual régimen

El objetivo del presente apartado es dar luz a ciertos problemas que están restando efectividad a las medidas en frontera. Se recalca que el acápite no pretende criticar el sistema administrativo; más bien, busca presentar un enfoque diferente desde el ejercicio práctico tanto del sector público como privado. De esta forma, al señalar las aristas del conflicto, se podrán plantear soluciones que permitan fortalecer el régimen y precautelar los intereses de los titulares.

Actualmente, las dificultades que está enfrentando el régimen de medidas en frontera se resume en tres puntos: 1) falta de capacitación, 2) carencia de innovación en recursos tecnológicos que ocasiona una inadecuada gestión de vigilancia por parte de la autoridad aduanera, y 3) un endeble sistema de comunicación. Estos tres enfoques representan las principales causales del debilitamiento en la observancia de derechos intelectuales; esto de conformidad con lo expuesto por las autoridades de control y portavoces de los titulares.

El primer punto se refiere a la falta de capacitación, tanto normativa como técnica. Según Pablo Montenegro, Jefe de Despacho de la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, el mayor problema radica en que SENAIE no tiene conocimiento en el área de propiedad intelectual; lo cual dificulta y retrasa el pronunciamiento de SENADI¹⁷¹. Para ejemplificar, señaló que ha observado solicitudes de medidas en frontera que asumen vulneraciones marcarias, cuando en realidad se trata de derechos de autor¹⁷². Esto sin duda causa un retraso, pues obliga a SENADI a reconsiderar el ámbito de la infracción.

Por otro lado, SENAIE no está solicitando la fianza o garantía a los titulares¹⁷³. Esto podría deberse a varios factores, no obstante, la falta de conocimiento respecto al

¹⁷¹ Pablo Montenegro, entrevistado por Alicia Salgado Macías.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

obligatorio cumplimiento de la normativa apunta a ser la principal razón. La no instrucción legal de los funcionarios respecto a sus funciones se traduce en una falencia grave, que a su vez podría desembocar en la vulneración de derechos para los importadores y un obstáculo para el comercio internacional.

Ahora bien, no todo recae en SENAE. Felipe Ochoa, Director Distrital de SENAE Quito, durante un seminario nacional propuso al sector privado una mesa de trabajo que permite a los funcionarios capacitarse en técnicas de reconocimiento de productos falsificados¹⁷⁴. Esto demostraría que aduana está presta a colaborar en la formación de sus funcionarios; pese a que también es obligación del resto de entidades públicas y de los mismos titulares impulsar esas iniciativas.

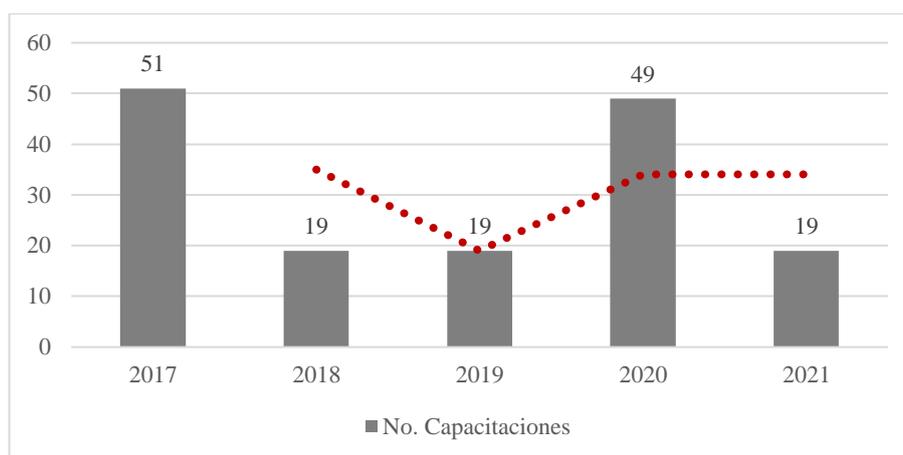
“[N]adie mejor que el titular del derecho para determinar si un producto es falsificado o no¹⁷⁵”, señaló oportunamente Ángeles Puente, abogada asociada en Falconi Puig. En efecto, si el titular no toma la iniciativa de instruir a las autoridades respecto a su marca u obra, entonces será el primer responsable de la vulneración de su propio derecho.

Por otro lado, en el caso de SENADI, conforme lo establecen los cinco últimos informes anuales de rendición de cuentas, esta institución ha brindado 157 capacitaciones en temas varios y fueron dirigidas a usuarios externos y funcionarios de otras dependencias públicas. Sin embargo, como se observa a continuación, en el año 2021 se tuvo un decrecimiento en el proyecto de instrucción, lo que pudo agravar la problemática de desconocimiento que ya arrastraba el servicio de aduanas.

¹⁷⁴ Felipe Ochoa, “Contrabando y falsificación de marcas licoreras en el Ecuador”, (Primera mesa de diálogo entre la comisión anticontrabando y el sector privado, Quito, 17 de febrero de 2022), N/D, disponible en: <https://n9.cl/uvcxx>.

¹⁷⁵ Ángeles Puente, entrevistada por Alicia Salgado Macías.

Gráfico No. 4 Capacitaciones impartidas por SENADI entre 2017 y 2021



Fuente: Elaboración propia, a partir de los informes de gestión 2017¹⁷⁶, 2018¹⁷⁷, 2019¹⁷⁸, 2020¹⁷⁹ y 2021¹⁸⁰ de SENADI.

En otro orden de ideas, la segunda falencia que actualmente está enfrentado el sistema de medidas en frontera es la carencia de innovación en recursos tecnológicos. Según Montenegro, “[...] aduana no tiene una base de poderes en la cual se confirme quien verdaderamente es el titular, su apoderado, etc.¹⁸¹”. En consecuencia, los funcionarios aduaneros dictan medidas en frontera sin la seguridad de saber a quien le pertenece el derecho o, peor aún, si existe ese derecho.

El problema de compartir información entre SENADI y SENA, nace de la falta de sistemas operativos que permitan a ambas instituciones tener datos actualizados en el momento preciso del requerimiento u en su defecto una adecuada interconectividad de las bases de datos. En palabras de Montenegro, “[...] nuestro sistema de tecnología es bastante escaso, entonces no podemos tener la información al día¹⁸²”. Por lo tanto, la efectividad de las medidas se compromete por la falta de modernización tecnológica que es preponderante para una correcta coordinación.

¹⁷⁶ SENADI, “Informe de Rendición de Cuentas 2017”, Gobierno de Ecuador, recuperado de: <https://n9.cl/mmm6m1>, (último acceso: 23/03/2022).

¹⁷⁷ SENADI, “Informe de Rendición de Cuentas 2018”, Gobierno de Ecuador, recuperado de: <https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2019/rendicion-de-cuentas-2018/Informe%20de%20Gestión.pdf>, (último acceso: 23/03/2022).

¹⁷⁸ SENADI, “Informe de Rendición de Cuentas 2019”, Gobierno de Ecuador, recuperado de: <https://n9.cl/5jekxn>, (último acceso: 23/03/2022).

¹⁷⁹ SENADI, “Informe de Rendición de Cuentas 2020”, Gobierno de Ecuador, recuperado de: <https://urlzs.com/EhDzh>, (último acceso: 23/03/2022).

¹⁸⁰ SENADI, “Informe de Rendición de Cuentas 2021”, Gobierno de Ecuador, recuperado de: <https://n9.cl/83zkl>, (último acceso: 23/03/2022).

¹⁸¹ Pablo Montenegro, entrevistado por Alicia Salgado Macías.

¹⁸² *Id.*

Finalmente, la tercera falencia que se ha arraigado durante el transcurso de los últimos años es el endeble sistema de comunicación. El sector privado, como parte de su estrategia, busca identificar presuntos infractores por medio de investigaciones particulares; no obstante, esa información no es siempre compartida con las autoridades¹⁸³. Al respecto, Cabrera manifiesta que esto no es lo adecuado, pues lo ideal es trabajar en equipo entre el sector público y el privado¹⁸⁴.

Por su parte, Ochoa concuerda con el trabajo en conjunto y añade que la información compartida es “[...] manejada con absoluta reserva por medio de los canales correctos. Esto con el fin de [...] intervenir y realizar operativos de control posterior¹⁸⁵”. En todo caso, hasta que no exista esa relación de confianza entre los titulares y los organismos de control, se teme que se mantendrá una fragilidad en el sistema.

10. Derecho comparativo

10.1. Sistema peruano

El régimen legal peruano de protección de derechos de propiedad intelectual se ha visto influenciado directamente por la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos¹⁸⁶, APC. El cual, entre otras obligaciones, estipuló la implementación de un sistema de medidas en frontera que protejan derechos intelectuales y permitan un comercio justo entre ambos países.

El APC establece entre el punto 20 al 25 del artículo 16, las disposiciones relativas a las medidas en frontera que regirán para ambas partes. Del contenido se abstrae que los Estados Parte facultarán a las autoridades competentes a suspender la libre circulación de mercancías que lesionen derechos intelectuales, sea de oficio o por petición de parte; y que se tomen las medidas pertinentes sea tanto para la destrucción como para la donación de la mercadería incautada¹⁸⁷.

¹⁸³ Felipe Ochoa, “Contrabando y falsificación de marcas licoreras en el Ecuador”, (Primera mesa de diálogo entre la comisión anticontrabando y el sector privado, Quito, 17 de febrero de 2022), N/D.

¹⁸⁴ Carlos Cabrera, “Contrabando y falsificación de marcas licoreras en el Ecuador”, (Primera mesa de diálogo entre la comisión anticontrabando y el sector privado, Quito, 17 de febrero de 2022), N/D, disponible en: <https://n9.cl/uvcxx>.

¹⁸⁵ Felipe Ochoa, “Contrabando y falsificación de marcas licoreras en el Ecuador”, (Primera mesa de diálogo entre la comisión anticontrabando y el sector privado, Quito, 17 de febrero de 2022), N/D.

¹⁸⁶ Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, [APC], Washington D.C., 12 de abril de 2006, ratificada por el Perú el 17 de enero de 2009.

¹⁸⁷ Artículo 16 numeral 11, APC.

Si bien Perú ya se sometía a las regulaciones del ADPIC, no fue hasta la entrada en vigor del APC que este país contó con normativa especial que regule medidas en frontera¹⁸⁸. De esta forma, se incorporó a su legislación el Decreto Legislativo No. 1092-2009¹⁸⁹ y el Decreto Supremo No. 003-2009-EF¹⁹⁰, los cuales facultan a la administración aduanera a fiscalizar mercancía que se presume falsificada o pirata. Conforme lo que establece el Decreto Legislativo No. 1092-2009, este régimen protege los derechos de marca, de autor y conexos, y puede efectuarse de oficio o por solicitud de parte¹⁹¹.

Sin duda, el régimen peruano de medidas en frontera tiene similitudes muy marcadas respecto al sistema ecuatoriano. Esto al entender que ambos países forman parte de la OMC y son miembros de la CAN. No obstante, actualmente Perú ha incorporado un factor importante que, a diferencia de Ecuador, permite una comunicación eficaz entre la autoridad competente en materia de derechos intelectuales y la administración aduanera¹⁹².

Esta estructura de comunicación se denomina sistema de veedores, y consiste en la participación de funcionarios de INDECOPI acreditados ante la SUNAT, que realizan verificaciones dentro de los aforos aduaneros. De este modo, al detectarse una posible infracción, se emitirán alertas inmediatas al INDECOPI y al titular del derecho¹⁹³. Lo interesante de este sistema es que los funcionarios acreditados son delegados por la Dirección de Signos Distintivos y la Dirección de Derechos de Autor, por lo que su participación agiliza la comunicación y permite un control especializado de las mercancías¹⁹⁴.

Finalmente, Vera establece que otro elemento importante para la eficiencia del régimen es la Comisión de lucha contra el contrabando y defraudación de rentas de aduana¹⁹⁵. Dicha comisión está conformada por los Ministerios del Interior, Industria, Economía, Defensa, Fiscalía General, INDECOPI, SUNAT, entre otras instituciones; y

¹⁸⁸ Akemi Figueroa, “¿Las Medidas en Frontera en el Perú son eficaces para tutelar los Derechos de Propiedad Intelectual? Planteamiento de un Procedimiento Electrónico Simplificado.”, 19-22.

¹⁸⁹ Decreto Legislativo 1092 de 2009 [Que aprueba medidas en frontera en Perú], de 1 de febrero de 2009.

¹⁹⁰ Decreto Supremo No. 003-2009-EF [Reglamento al Decreto Legislativo 1092-2009], de 1 de febrero de 2009.

¹⁹¹ Artículo 1, Decreto Legislativo 1092 de 2009.

¹⁹² Akemi Figueroa, “¿Las Medidas en Frontera en el Perú son eficaces para tutelar los Derechos de Propiedad Intelectual? Planteamiento de un Procedimiento Electrónico Simplificado.”, 32-34.

¹⁹³ Sylvana Arispe, “¿Por qué importamos piratería? : Análisis de la implementación de las medidas en frontera para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el Perú.”, (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 43.

¹⁹⁴ *Id.*, 44.

¹⁹⁵ Luis Vera, “Implementación de medidas en la prevención, investigación y represión del contrabando en el Perú.”, (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), 15.

ha instaurado una política de represión que persigue el comercio ilícito y la defraudación tributaria, mismo que fortalecería el sistema de control y protección de los derechos de propiedad intelectual¹⁹⁶.

10.2. Sistema colombiano

El régimen de medidas en frontera colombiano se rige con base en lo dispuesto al ADPIC, la Decisión 486, los acuerdos internacionales a los que se ha sometido la República de Colombia, y a la normativa nacional que regula el ámbito aduanero. No obstante, existe un preludio normativo, tal es el caso del Convenio de Berna y el CUP para la protección de la Propiedad Industrial, que sirvieron como primer antecedente en materia de observancia de derechos de propiedad intelectual¹⁹⁷.

Respecto a los acuerdos comerciales, Colombia ha suscrito seis en los cuales se contemplan disposiciones referentes a medidas en frontera¹⁹⁸. Dichos acuerdos actualmente vigentes, precisas y amplifican el ámbito de protección de los derechos de propiedad intelectual¹⁹⁹; es decir, imponen normas mínimas de observancia y garantía²⁰⁰. En consecuencia, la incorporación de estos instrumentos trae consigo la adopción de la Ley 1609 de 2013, el Decreto 1165 de 2019, y el Decreto 360 de 2021, mediante los cuales se regula el procedimiento administrativo y aduanero de las medidas en frontera²⁰¹.

Por lo antes expuesto, se evidencia que el régimen colombiano mantiene una normativa semejante a la ecuatoriana. Sin embargo, Colombia ha incorporado prácticas que mejoran la aplicación de las medidas, tal es el caso del fortalecimiento en la capacitación continua y especializada de los funcionarios que trabajan en la primera línea de control²⁰².

Es así como, a partir del año 2019, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, DNDA, y la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, han impulsado un plan de

¹⁹⁶ Luis Vera, “Implementación de medidas en la prevención, investigación y represión del contrabando en el Perú.”, 17.

¹⁹⁷ Alán Rodríguez, et al, “El Decreto 1165 y el Estatuto Aduanero para la Transformación”, *Transformación DIAN - Por una Colombia más honesta 1*, (2020), 179-182.

¹⁹⁸ Ver, Ministerio de Comercio de Colombia, “Acuerdos TLC Colombia: Acuerdos Vigentes”, Gobierno de Colombia, N/D, recuperado de: <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente>, (último acceso: 12/03/2022).

¹⁹⁹ Tal es el caso que, el ámbito de protección se extiende a las mercaderías que se encuentren vinculadas a operaciones en zona franca.

²⁰⁰ Daniel Molano, “Suspensión de operaciones aduaneras por conflictos derivados de los derechos de propiedad intelectual: ¿un verdadero proceso cautelar?”, *Revista La Propiedad Inmaterial* 27 (2019), 193-212.

²⁰¹ *Id.*, 196.

²⁰² Julián Vélez, “Medidas en frontera: Concepto, antecedentes, marco normativo vigente, procedimiento y perspectivas futuras en la República de Colombia”, *Revista de la Propiedad Inmaterial* 32 (2021), 93 -96.

acción cuyo objetivo sea la modernización de la aduana y el mejoramiento de sus funciones²⁰³. De esta forma se pretende, por medio de la capacitación, que los servidores públicos conozcan las últimas actualizaciones respecto al comercio internacional y al sistema de control; y, por medio de la creación del Fondo DIAN, se reserve un capital para la modernización tecnológica del sistema informático aduanero²⁰⁴.

12. Recomendaciones

Como se señaló en los apartados precedentes, delimitar las falencias que actualmente enfrenta el sistema es imperante para poder definir pautas de mejora. En dicho caso, este último acápite responderá a la pregunta jurídica y presentará sugerencias que, a criterio del autor, son los primeros pasos por tomar para que el régimen ecuatoriano vuelva a posesionarse como uno de los más eficientes en Latinoamérica.

Primero, volver a implementar el sistema de vigilancia y protección de los derechos intelectuales por parte de la autoridad aduanera. De este modo, mediante el sistema de inscripción de derechos ante SENA E y adecuado uso de sistema de perfil de riesgo, se podrá identificar embarques sospechosos que deban ser inspeccionados de forma más ágil y estratégica.

Segundo, se debe establecer un programa periódico de formación en materia de propiedad intelectual. Para tal fin, se requiere de un plan de capacitación para todos aquellos servidores públicos que intervengan en el procedimiento de medidas en frontera; esto con el fin de elevar la calidad en la observancia de los derechos y de asegurar la correcta aplicación normativa. Esta iniciativa deberá ser liderada tanto por SENADI, como máxima autoridad de derechos intelectuales, y del sector privado, incluyendo a los titulares y apoderados.

Tercero, propender a la modernización tecnológica del sistema informático de SENA E y SENADI que asegure un acceso prolijo a la información referente a derechos intelectuales, sus titulares, ejemplares, estados de registro, etc. De esta forma, se promoverá el intercambio de datos actualizados entre ambas instituciones que optimizará los resultados de observancia y protección ante el cometimiento de presuntas infracciones.

²⁰³ Julián Vélez, “Medidas en frontera: Concepto, antecedentes, marco normativo vigente, procedimiento y perspectivas futuras en la República de Colombia”, 95.

²⁰⁴ *Id.*, 96.

Cuarto, propiciar acercamientos con los titulares de derechos o sus apoderados. El trabajo conjunto entre el sector público y privado es esencial para prevenir vulneraciones a los derechos; es decir, si los titulares previenen a las autoridades respecto a importaciones sospechosas, estos a su vez podrán intervenir y realizar operativos de control que maximicen la eficacia de las medidas.

Quinto, replicar los modelos internacionales de Perú y Colombia que están demostrando resultados positivos. Específicamente, adaptar el sistema de veedores peruano, en donde funcionarios de SENADI se acrediten ante SENA E y realicen las verificaciones en los foros aduaneros. Asimismo, acoplar la estrategia colombiana de crear un fondo que reserve un capital para la modernización tecnológica de los sistemas operativos de las autoridades intervinientes.

Sexto, incorporar la justicia penal como una medida para atacar el conflicto de raíz. Interponer denuncias penales posterior a la ratificación de la medida en frontera, permite al titular defender de un derecho intelectual y solicitar una reparación integral en un tiempo más corto que una tutela administrativa. Además, este medio permite atacar delitos como el contrabando y la asociación ilícita, fenómenos que constantemente están involucrados en la trasgresión de derechos marcarios y de autor.

13. Conclusiones

El estudio que se realizó al régimen de medidas en frontera permitió llegar a las siguientes conclusiones. Primero, se evidenció que el fin intrínseco de estas medidas es evitar que mercancías piratas o falsificadas entren a los circuitos de comercio. De esta forma, se garantizaría el derecho de exclusividad del titular y se propiciaría la justa competencia, evitando así distorsiones en el mercado y la afectación a los consumidores. Por tal motivo, se señaló que la eficacia de este régimen incrementa la posibilidad de asegurar futuras inversiones y competitividad en el comercio internacional.

Por otro lado, se demostró que el Ecuador mantiene un amplio sistema de protección. Entre acuerdos internacionales, legislación andina y nacional, suman 11 cuerpos normativos que establecen los lineamientos generales de acción; por lo que se descartó un supuesto de ausencia legal. Específicamente, en el ámbito nacional, se explicó los dos modelos de medidas en frontera que han regido en el país, y se demostró porqué el sistema mixto es el más eficaz.

A pesar de aquello, se recalcó que el régimen aún mantiene falencias que le restan efectividad y eficacia. Así se determinó que las principales problemáticas se

resumen en la falta de capacitación a los funcionarios públicos, la carencia de innovación en recursos tecnológicos y un mal manejo de comunicación; todo esto producto de un inadecuado sistema exclusivo de protección que rigió durante los últimos años. Como resultado, eso se traduciría en el bajo número de solicitudes que se presentaron entre 2017 y 2021.

Por consecuente, se logró verificar, mediante métodos cuantitativos y cualitativos, que el sistema de medidas en frontera no ha cumplido fehacientemente con su propósito. Es así como, los datos estadísticos revelaron que Ecuador en 5 años tramitó 11.7 veces menos casos de lo que tramitó Perú en 3 años; cuestión que, para los expertos en el ejercicio de la materia, es directamente proporcional a la eficiencia del sistema implementado en cada país.

Ante tales hallazgos, y con objeto de precautelar la protección a los derechos de propiedad intelectual, la seguridad de los consumidores y el comercio justo, se analizó varias perspectivas doctrinales y prácticas con el fin de establecer soluciones ante las falencias antes descritas. De este modo, se dio respuesta a la pregunta jurídica planteada en el presente trabajo; misma que se expuso a detalle en el acápite de recomendaciones.

Respecto a las limitaciones encontradas dentro de esta investigación, se señala que la poca literatura actual, específicamente de medidas en frontera, fue la principal problemática. Sin embargo, se recalca que esta adversidad fue suplida con otros métodos investigativos como entrevistas a expertos, revisión de informes de dominio público, cotejo con la doctrina internacional y análisis de legislación comparativa.

Es por lo previamente expuesto que, el presente trabajo representa el estudio más actual respecto al sistema de medidas en frontera en el Ecuador. En consecuencia, esta indagación incentivará futuras investigaciones que analicen, desde otras perspectivas, mejoras al sistema. Adicionalmente, este trabajo pone en manos del lector una guía basada en el ejercicio práctico que va más allá de la mera teoría; cuestión que resulta innovadora en el campo.