



## La protección penal de los derechos de autor y conexos en Ucrania<sup>1</sup>

**Wolodymyr Hulkevych**

*Jefe de Sección de la Fiscalía de la provincia de Ternopil, Ucrania, Posgraduado de la Cátedra del Derecho Penal y Criminología de la Facultad del Derecho de la Universidad Nacional de Lviv*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Los derechos de autor y conexos en el ordenamiento jurídico ucraniano y el bien jurídico protegido en el artículo 176 del Código Penal de Ucrania de 2001. III. El tipo básico de los delitos contra los derechos de autor y conexos. 1. El objeto material del delito. 2. Conductas típicas. 2.1. La conducta típica de reproducción. 2.2. La conducta típica de distribución. 2.3. Otras conductas típicas. 2.4. El problema de perjuicio (daño) material. 3. El sujeto activo del delito y tipo subjetivo. IV. Circunstancias agravatorias de los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos. V. El tipo básico privilegiado (apartado 3 del artículo 176 del CPU). VI. Propuestas para el mejoramiento de la protección penal de los derechos de autor y conexos.

### I. Introducción

Según el art. 41 de la Constitución de Ucrania cada persona tiene derecho a la tenencia, uso y disfrute de sus creaciones intelectuales y artísticas<sup>2</sup>. La protección de los aspectos morales y patrimoniales de los derechos de autor y conexos –según la Ley de Ucrania sobre los derechos de autor y conexos (LDADC)– se realiza por vía administrativa, civil y penal<sup>3</sup>.

Uno de los métodos más eficaces para la protección de los derechos de propiedad intelectual es la responsabilidad penal, consagrada en el art. 176 del Código Penal de Ucrania (CPU).

Desgraciadamente el estado actual de la lucha contra las infracciones de los derechos de autor y conexos que supone responsabilidad penal en nuestro país no se corresponde con las normativas actuales de instituciones internacionales. Según el informe de la Federación Internacional de Productores Dis-

cográficos (IFPI) Ucrania se coloca en el ranking de los diez países del mundo que generan más mercado fraudulento audiovisual. Los datos facilitados por IFPI dicen que en Ucrania en el año 2004 el valor del mercado pirata alcanzó los 42 millones de dólares. Esto constituye el 68% del mercado audiovisual ucraniano. La razón principal de tanta difusión de copias ilegales es la escasa utilización por parte del Estado de las medidas de responsabilidad penal contra aquellos que cometen delitos en la esfera de los derechos de autor y conexos<sup>4</sup>.

Las investigaciones realizadas por la asociación internacional *Business Software Alliance* demuestran que nuestro país tiene el índice más alto de piratería entre los países de Europa, que en el año 2003 constituyó el 91% del valor total de programas de ordenador utilizados por usuarios ucranianos. Como consecuencia de ello los autores de programas de ordenador perdieron 92 millones de dólares<sup>5</sup>.

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

2 Відомості Верховної Ради України. 1996. N.º 30, art. 141.

3 Відомості Верховної Ради України. 1994. N.º 13, art. 64; 2001. N.º 43, art. 214.

4 The recording industry commercial 2004 piracy report/<http://www/ifpi.org/site-content/library/piracy2004.pdf>.

5 Organized crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004. Council of Europe. Octopus Programme. Strasbourg, 2005, p. 148.

El alto nivel de delincuencia contra los derechos de propiedad intelectual causa daños materiales a los autores y propietarios de los derechos de autor, tanto ucranianos como extranjeros, situación que a su vez hace más difíciles las relaciones políticas y económicas de Ucrania con otros países e impide la integración de nuestro país a la Organización Mundial del Comercio.

En la República Soviética Socialista de Ucrania el art. 136 del Código Penal de 1960 sólo preveía la responsabilidad penal por infracción de los aspectos morales de los derechos de autor como la paternidad, la edición y la integridad de la obra<sup>6</sup>. Sólo en 2001 este artículo fue reformado: por primera vez fue introducida la responsabilidad penal por infracción de los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos de autor y conexos.

Hoy en día la responsabilidad penal por infracción de derechos de autor y conexos está prevista en el art. 176 del Código Penal de Ucrania de 2001. El artículo se encuentra en el capítulo V de la Parte Especial «Delitos contra los derechos electorales, laborales y otros derechos y libertades personales de individuos y ciudadanos».

En la Ley de Reforma de las Leyes de Ucrania en orden a la protección jurídica de la propiedad intelectual de 22 de mayo de 2003 la norma arriba mencionada está formulada de la manera siguiente:

*«Artículo 176. Infracción de los derechos de autor y derechos conexos.*

*La reproducción o distribución ilícita de obras científicas, literarias, obras de arte, programas de ordenador y bases de datos, y además la reproducción o distribución de interpretaciones, fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión, su tiraje y distribución ilegal en cintas de audio y vídeo, disquetes o en otros tipos de portadores de información; o cualquier otra infracción premeditada de los derechos de autor y conexos, si éstas han ocasionado un daño material de importancia, son penados con multa de doscientas a mil veces del valor del mínimo no imponible, o con trabajos correccionales por un periodo de hasta dos años o con privación de la libertad por el mismo periodo, con confiscación de todos los ejemplares de la obra, los portadores físicos de programas de ordenador, las bases de datos, las interpretaciones, los fonogramas, videogramas, los programas de radiodifusión y los equipos y materiales utilizados especialmente para su fabricación.*

*Las mismas infracciones, en al caso de que fueran cometidas reiteradamente o con premeditada confabulación por un grupo de personas o hayan*

*ocasionado un daño material de gran importancia, se penan con multa de mil a dos mil veces del valor del mínimo no imponible o con trabajos correccionales por un periodo de hasta dos años o con privación de la libertad por un periodo de dos a cinco años, con confiscación de todos los ejemplares de la obra, portadores físicos de los programas de ordenador, las bases de datos, las interpretaciones, los fonogramas, videogramas, los programas de radiodifusión y los equipos y materiales utilizados especialmente para su fabricación.*

*Las mismas acciones previstas en la primera y segunda parte de este artículo, cometidas por funcionarios públicos, con abuso de autoridad oficial en relación a sus subordinados, son sancionadas con multa de quinientas a mil veces del valor del mínimo no imponible, o con privación de libertad por un periodo de hasta dos años, con restricción del derecho de ocupar determinados cargos o dedicarse a ciertas actividades por un periodo de hasta tres años.*

Nota. En los artículos 176 y 177 de presente Código, el daño material se considera de importancia, si su valor excede en doscientas o más veces del valor del mínimo no imponible, y de gran importancia si su valor excede en mil o más veces del valor del mínimo no imponible».

## II. Los derechos de autor y conexos en el ordenamiento jurídico ucraniano y el bien jurídico protegido en el artículo 176 del Código Penal de Ucrania de 2001

El legislador ucraniano insertó los delitos contra los derechos de autor y conexos en el Capítulo V de la Parte Especial del Código Penal de Ucrania de 2001 «Delitos contra los derechos electorales, laborales y otros derechos y libertades personales de individuos y ciudadanos». Por eso un número considerable de científicos cree que aquellos delitos violan los derechos y libertades constitucionales de individuos y ciudadanos<sup>7</sup>.

A primera vista podríamos estar de acuerdo con esta idea, pero un análisis jurídico más profundo de las normas que se ubican en el capítulo arriba mencionado de la Parte Especial del CPU nos permite sacar otras conclusiones.

Es evidente que las normas del dicho capítulo protegen sólo una parte de los derechos y libertades constitucionales, porque a éstos también pertenecen el derecho a la vida, el derecho a la intangibilidad personal, el derecho a la propiedad

<sup>6</sup> Уголовный кодекс Украинской Советской Социалистической Республики. Научно-практический комментарий. Под. общ. ред. В.И.Зайчука. Киев, 1969, p. 295-297.

<sup>7</sup> Кримінальне право України. Особлива частина. Redacción a cargo de M.I.Мельника y В.А.Клименка. Киев, 2004, p. 105.

privada, el derecho al ambiente seguro, todos ellos también protegidos por la ley penal. Por eso compartimos la opinión de P.P. ANDRUSHKO que considera que en el capítulo V de la Parte Especial del CPU se ubican las normas que protegen «el resto» de los bienes, derechos y libertades constitucionales de individuos y ciudadanos salvo las normas expuestas en otros capítulos del Código.<sup>8</sup>

A causa de las modificaciones realizadas en la legislación penal en 2001 el Estado por primera vez prevé responsabilidad penal por infracciones de los derechos patrimoniales de autores, intérpretes de obras, productores de fonogramas y videogramas, y organizaciones de radiodifusión. Por lo tanto el volumen de derechos protegidos por la ley ha aumentado y, lo que es aún más importante, se han producido cambios cualitativos. Por ejemplo, dicha norma empezó a proteger no sólo los derechos de autor y conexos de personas físicas sino también los de la mayoría de las personas jurídicas. Porque precisamente a las personas jurídicas, en su mayor parte extranjeras, les pertenecen los derechos de autor de las obras audiovisuales, programas de ordenador, bases de datos, y derechos conexos a fonogramas, videogramas o programas de organizaciones de radiodifusión.

Al aprobar el CPU en el año 2001, el legislador ucraniano ubicó mecánicamente los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos en el capítulo V de la Parte Especial tal vez por no haber podido tipificar correctamente su objeto de protección.

P.P. ANDRUSHKO considera que el objeto de protección de los delitos determinados en los artículos 176 «Delitos contra los derechos de autor y conexos», 177 «Delitos contra los derechos a la invención, modelo, topografía de microesquema integral, especie de planta o propuesta de racionalización», 229 «Uso ilegal de marca de artículos y servicios, nombre de empresa o descripción calificada del origen del artículo», 231 «Recogida ilegal de los datos confidenciales que suponen secretos comerciales o el uso de éstos», y 232 «Divulgación de los datos confidenciales que suponen secretos comerciales», es el derecho de la propiedad intelectual<sup>9</sup>.

Así lo más lógico sería ubicar todos los delitos arriba mencionados en un solo capítulo que puede ser denominado «Delitos contra la propiedad intelectual».

Al determinar el bien jurídico de los delitos prescritos en el art. 176 del CP de Ucrania la mayoría de los científicos lo hacen de forma simplificada. P.P. ANDRUSHKO, A.M. KOVAL, M.I. MELNYK, M.I. KHAVRONIUK, A.P. BABIY, L.M. KRYVOCHENKO consideran al derecho de autor y derechos conexos en general como bien jurídico<sup>10</sup>.

No obstante, en nuestra opinión para tener una determinación precisa del bien jurídico en los delitos contra los derechos de autor y conexos hace falta hacer un análisis profundo del contenido de estos derechos como categoría civil.

Según el art. 438 del Código Civil de Ucrania (CCU) y el art. 14 de la LDADC al titular le corresponden los siguientes derechos personales (morales):

- Derecho a la paternidad (derecho al reconocimiento de su condición de autor de la obra haciendo visible el nombre del autor en la obra y sus copias, asimismo en cualquier comunicación pública de la obra si ello fuera posible en la práctica);
- Derecho al nombre (derecho a prohibir mencionar su nombre como autor de la obra, permanecer anónimo en la comunicación pública de la obra, elegir seudónimo, poner el seudónimo y exigir a otros a poner el seudónimo en la obra y en sus copias en vez del nombre verdadero del autor, asimismo en cualquier comunicación pública de la obra);
- Derecho a la protección de la reputación de autor (exigir la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a su honor y reputación).

Los derechos personales (morales) no pueden ser alienados o transferidos a otras personas.

El art. 15 de la LDADC señala que corresponden al autor los siguientes derechos patrimoniales irrenunciables:

- Derecho a la reproducción de la obra;

<sup>8</sup> П.П.Андрушко. Кримінально-правова охорона інтелектуальної власності. Київ, 2004, р. 28.

<sup>9</sup> П.П.Андрушко. *Op. cit.* pp. 11-12.

<sup>10</sup> *Ibidem*; А.М.Коваль. Кримінальна відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав. Теорія і практика. Київ, 2005, р. 137-138; Кримінальне право України. Особлива частина. Redacción a cargo de М.І.Мельника у В.А.Клименка. Київ, 2004, р. 138; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Видання третє, змінене і доповнене. Redacción a cargo de М.І.Мельника у М.І.Хавронюка. Київ, 2005, р. 391; Уголовное право Украины. Общая и Особенная части. Redacción a cargo de Э.Л.Степцова. Харьков, 2002, р. 349; Кримінальне право України. Особлива частина. Видання друге, змінене і доповнене. Redacción a cargo de М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, М.Я.Тация. Київ, 2005, р. 111.

- Derecho a la comunicación pública de la obra;
- Derecho a la exhibición pública de la obra;
- Derecho a volver a divulgar la obra si lo hace una organización distinta a la que lo hizo por primera vez;
- Derecho a la traducción de la obra;
- Derecho a las modificaciones, adaptaciones, arreglos y otros cambios de la obra;
- Derecho a incluir la obra como parte integrante en antologías, colecciones, enciclopedias, etc.;
- Derecho a exponer su obra a la comunicación pública;
- Derecho al alquiler de la obra y (o) distribución comercial;
- Derecho a la importación de copias de la obra;
- Derecho a la participación en las realizaciones de proyectos de arquitectura, construcción de puentes, creaciones de parques y jardines (para autores de estas obras).

El apartado 1 del art. 176 del CPU prevé que la responsabilidad penal concierne no sólo a las personas que infrinjan los derechos de autor sino también a aquellos que usen ilícitamente objetos protegidos por derechos conexos.

El art. 35 de la LDADC señala que forman parte de derechos conexos y, en consecuencia, de potenciales objetos materiales del delito, independientemente de los fines, contenidos, modos de utilizar y formas de expresión:

- Interpretaciones de las obras literarias, dramáticas, musicales, dramático-musicales, coreográficas, folklóricas y otras;
- Fonogramas;
- Videogramas;
- Programas de organizaciones de radiodifusión.
- Son titulares de derechos conexos (art. 36 de la LDADC):
- Intérpretes de las obras, sus sucesores y otras personas a las cuales han sido transferidos derechos conexos patrimoniales de las interpretaciones;
- Productores de los fonogramas, sus sucesores y las personas a las cuales han sido transferidos derechos conexos patrimoniales de los fonogramas;
- Productores de videogramas, sus sucesores y las personas a las cuales han sido transferidos derechos conexos patrimoniales de los videogramas;
- Organizaciones de radiodifusión y sus sucesores.

Todos los titulares de derechos conexos deben ejercer sus derechos respetando los derechos de

autor de las obras que ejecutan y los derechos de autor de otros titulares.

La Ley determina que al intérprete de la obra le pertenecen los siguientes derechos personales (morales):

- Exigir su reconocimiento como intérprete de la obra;
- Exigir hacer ver u oír su nombre o seudónimo en cada interpretación, grabación o ejecución (si fuera posible);
- Exigir garantías de la calidad necesaria de la grabación de su interpretación e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado alguno contra ella que suponga perjuicio a su honor y reputación.

Los ejecutantes tienen los derechos patrimoniales exclusivos de permitir o prohibir a otras personas:

- La comunicación pública de sus ejecuciones en directo;
- La grabación en fonogramas o videogramas de sus ejecuciones en directo;
- La reproducción (directa o indirecta) de sus ejecuciones grabadas sin su autorización en fonograma o videograma, o con su autorización pero cuando la reproducción se realice con un fin distinto al que fuera otorgado;
- La distribución de sus ejecuciones grabadas en fonograma o videograma por medio de la venta de la primera copia u otra transmisión del derecho de propiedad, si al realizar la primera grabación no han autorizado al productor de fonograma (o productor de videograma) su posterior reproducción;
- La distribución comercial o alquiler de sus ejecuciones grabadas en fonograma o videograma si al realizar la grabación no han autorizado su distribución comercial o alquiler, aun después de la distribución realizada por el productor de fonograma (videograma) o con su autorización;
- La distribución de sus ejecuciones grabadas en fonograma o videograma por cualquier medio de comunicación que permita a cualquier persona tener libre acceso a ellas si al realizar la grabación por primera vez no han autorizado este medio de distribución.
- Los derechos patrimoniales de los ejecutantes pueden ser transmitidos a otras personas al concertar un contrato.

Otra categoría de titulares de derechos conexos la constituye los productores de fonogramas y videogramas que tienen el derecho personal (moral) de poner su nombre en cada grabación o en su caja de presentación junto a los nombres de autores, ejecutantes y títulos de las obras, y asimismo exi-

gir que se mencione durante el proceso de producción del fonograma o videograma.

Los productores de fonogramas o videogramas tienen el derecho patrimonial exclusivo a utilizar sus fonogramas y videogramas, así como el derecho patrimonial exclusivo a permitir o prohibir a otras personas:

- La reproducción (directa o indirecta) de sus fonogramas y videogramas en cualquier forma y por cualquier modo;
- La divulgación entre el público de fonogramas, videogramas o sus copias por medio de primera venta u otro modo de transmisión del derecho de propiedad;
- La distribución comercial de fonogramas, videogramas o sus copias, realizada por el productor del fonograma o videograma o con su autorización;
- La comunicación pública de fonogramas, videogramas o sus copias por cualquier medio de comunicación que permita a cualquier persona tener libre acceso a ellas;
- Cualquier modificación de sus fonogramas o videogramas;
- La importación al territorio aduanero de Ucrania de fonogramas, videogramas o sus copias con el fin de su divulgación pública.

Si los fonogramas, videogramas o sus copias se ponen en el comercio con autorización del productor y en forma de primera venta en Ucrania, se permite su futura distribución en forma de venta, regalo, etc. sin autorización del productor o sus sucesores y sin pagarles remuneración. Pero en este caso sólo el productor conserva el derecho exclusivo de poner en alquiler comercial los fonogramas, videogramas o sus copias.

A la tercera categoría de titulares de derechos conexos pertenecen las organizaciones de televisión y radiodifusión. Éstas se dividen en dos grupos:

- Organización de difusión de éter – organización de televisión y radio que transmite públicamente programas de radio y televisión (tanto los programas de producción propia como los de producción de otras organizaciones) por medio de transmisión al éter con ayuda de ondas de radio (también las de láser, gamma, etc.) en gama de cualquier frecuencia (incluida vía satélite);
- Organización de difusión por cable – organización de televisión y radio que transmite pú-

blicamente programas de radio y televisión (tanto los programas de producción propia como los de producción de otras organizaciones) por medio de transmisión de la señal a distancia con ayuda de cables en la superficie de la tierra, subterráneos o submarinos.

A la organización de difusión le pertenece el derecho moral de exigir que se indique su nombre con relación a la grabación, reproducción de su programa y su divulgación pública repetida por otra organización de difusión.

A los derechos patrimoniales de las organizaciones de difusión pertenecen el derecho exclusivo de usar sus programas de cualquier forma y el derecho exclusivo de permitir o prohibir a otras personas:

- La comunicación pública de sus programas por medio de transmisión o retransmisión;
- Grabar sus programas en un medio material de información y su reproducción;
- La ejecución o demostración pública de sus programas en lugares de entrada de pago.

La organización de difusión también tiene derecho a prohibir la difusión no autorizada en el territorio de Ucrania o desde el territorio de Ucrania de la señal de satélite que transmita sus programas.

Al caracterizar en breves palabras los aspectos morales y patrimoniales de los derechos de autor y conexos intentamos resolver una cuestión bastante difícil: ¿Protege la Ley penal ucraniana todos los derechos arriba mencionados?

La mayoría de los científicos ucranianos no consideran delictiva la violación de los derechos personales o morales de los derechos de autor y conexos<sup>11</sup>. Sin embargo ninguno de los autores presenta argumentos convincentes que confirmen su opinión. Estando de acuerdo con estas opiniones, intentaré confirmarlas presentando pruebas.

El legislador ucraniano, al describir la disposición del art. 176 del CPU, remarcó la atención en las consecuencias de la acción (al exigir un perjuicio material importante) como indicio indispensable del *corpus delicti*. Sólo pueden existir perjuicios materiales para los titulares de los derechos de autor y conexos si han sido violados sus derechos patrimoniales.

Y en sentido contrario, las violaciones de los derechos morales de los titulares de los derechos de autor y conexos no pueden causar a éstos perjui-

11 П.П.Адрушко. Об. cit. p. 58-59; Кримінальне право України. Особлива частина. Redacción a cargo de М.І.Мельника у В.А.Клименка. Київ, 2004, p. 139-140; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Видання третє, змінєне і доповненє. Redacción a cargo de М.І.Мельника у М.І.Хавронюка. Київ, 2005, p. 393-394; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Четверте видання. Redacción a cargo de С.С.Яценка. Київ, 2004, p. 325.

cios materiales en el sentido del art. 176 del CPU. Vamos a ilustrar esta afirmación con un ejemplo.

Imaginemos que una persona se apropió de la paternidad de una obra literaria y se presentó como autor de ésta entre sus amigos. ¿Estamos ante un delito? Claro que no, porque este hecho no causó ningún perjuicio al verdadero autor. Pero la comunicación pública de la obra ajena bajo su nombre, y su futura reproducción y distribución serán conductas delictivas porque estas acciones violan derechos patrimoniales del autor y causan a éste perjuicios materiales.

Precisamente por esto el legislador definió en el art. 50 de la LDADC el plagio como la comunicación pública del todo o parte de una obra ajena utilizando el nombre de una persona que no es autor de dicha obra. De esta forma no define el plagio como cualquier apropiación de la paternidad de la obra, sino cuando a través de la comunicación pública (reproducción, distribución) se da la violación del derecho patrimonial previsto en el art. 15 de la LDADC.

Los aspectos morales de los derechos de propiedad intelectual son objeto de protección civil y su violación puede ser calificada como infracción administrativa, prevista en el art. 51 del Código de Ucrania de infracciones administrativas.

Haciendo un balance de lo arriba expuesto, únicamente hay que considerar los aspectos patrimoniales de los derechos de autor y conexos como bien jurídico del delito previsto en el art. 176 del CPU.

### III. El tipo básico de los delitos contra los derechos de autor y conexos

#### 1. Objeto material del delito

La doctrina ucraniana de Derecho Penal considera que el término «objeto material del delito» comprende, antes que nada, los objetos del mundo material que poseen determinadas propiedades, objetos, con los que la ley relaciona la presencia de elementos de un concreto tipo básico del delito con las actitudes de la persona<sup>12</sup>; o, por causa de los cuales o debido a los cuales se realiza el delito<sup>13</sup>.

Sin embargo, en los últimos tiempos debido al tempestuoso desarrollo de la ciencia y de la técnica, el significado de objeto material del delito necesita de una ampliación esencial. Así, como obje-

to material del delito, junto a los objetos del mundo material, se deben considerar también otros fenómenos no materiales que pueden ser expresados con ayuda de métodos y medios especiales, dotados de un valor definido, destinados a la satisfacción de las necesidades del hombre, y que experimentan cierta influencia a consecuencia de algún atentado delictivo.

En las disposiciones del art. 176 del CPU el legislador definió directamente el concepto de objeto material de un determinado delito como trabajos científicos, obras de arte y literatura, programas de ordenador y bases de datos.

Una lista de las obras que son objeto de los derechos de autor se presenta en el art. 433 del CCU y en el art. 8 de la LDADC. Analizando el contenido de dichas normas legales, no es difícil comprender que el legislador abordó en ellas de manera diferente el concepto del objeto del derecho. En particular, en el Código Civil, no se considera el concepto de una obra en el campo de la ciencia (obras científicas) como parte del derecho de autor. Por lo visto, según dicho Código, tales obras son clasificadas como obras literarias.

Además, el legislador destaca los programas de ordenador y la compilación de datos (base de datos) como tipos aislados de objetos de los derechos de autor, indicando, no obstante, que los programas de ordenador se protegen como obras literarias.

Por cuanto hasta la fecha, en la LDADC, con la aceptación del nuevo CCU, no se han hecho los respectivos cambios en la definición de objetos de los derechos de autor, es necesario analizar ambos cuerpos normativos.

Podemos considerar como categoría civil los siguientes objetos de los derechos de autor:

1 Obras literarias (y científicas entre ellas) y obras de arte, y más precisamente:

- novelas, poemas, artículos y otras obras escritas (entre las cuales están también obras de carácter publicitario, científico, técnico o de algún otro carácter);
- discursos, ciclos de conferencias, intervenciones, sermones, y otras obras de carácter verbal;
- obras dramáticas, obras musicales-dramáticas, pantomimas, coreografías y otras obras de carácter escénico;
- obras musicales (con o sin texto);
- obras audiovisuales;
- obras de pintura, arquitectura, escultura y gráfica;

<sup>12</sup> Кримінальне право України. Загальна частина За ред. М.І.Бажанова. Київ, 2003, p. 93.

<sup>13</sup> Кримінальне право України. Загальна частина. Edición a cargo de М.І.Мельника y В.А.Клименка. Київ, 2004, p. 84.

- obras fotográficas (entre las cuales están las obras realizadas con métodos similares a la fotografía);
- obras de artes plásticas de carácter doméstico (entre las cuales tenemos el tejido decorativo, la cerámica, el tallado, el vaciado en vidrio decorativo, la joyería, etc.);
- ilustraciones, mapas, planos, dibujos técnicos, bocetos, obras de artes plásticas, que tienen relación con la geografía, topografía, la arquitectura o la ciencia;
- traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y otras modificaciones de las obras literarias y de arte;
- colecciones de obras, en el caso de que su selección u ordenación sea resultado de actividades intelectuales (entre ellas están las colecciones de obras de folklore, enciclopedias y antologías, colecciones de datos generales y otras obras compuestas).
- Programas de ordenador;
- Compilación de datos (bases de datos), si la selección u ordenación de sus partes consistentes es resultado de actividades intelectuales;
- Otras obras.

Por cuanto las nociones arriba mencionadas no son categorías jurídicas, es de suma importancia la interpretación de estas nociones en el art. 2 de la LDADC por parte del legislador.

Una categoría especial la conforman las obras que no son consideradas por la legislación como objeto del derecho de autor. En correspondencia con el art. 10 de la LDADC las siguientes no son objeto de los derechos de autor:

- comunicado de las noticias del día o acontecimientos corrientes que tienen carácter de información de prensa común y corriente;
- obras de arte popular (folklore);
- documentos oficiales de carácter político, legislativo y administrativo (leyes, decretos, disposiciones, providencias, estandartes estatales, etc.) y sus traducciones oficiales, extendidos por los órganos de poder estatal en los marcos de su plenipotencia;
- los símbolos estatales de Ucrania, condecoraciones estatales; símbolos y señas de los órganos del poder estatal, de las Fuerzas Armadas de Ucrania y de otras formaciones militares; la simbología de las comunidades territoriales; símbolos y señas de las empresas, instituciones y organizaciones;
- el papel moneda;
- los horarios de circulación de los medios de transporte, los horarios de los programas de tele-radio, las guías telefónicas y otras bases de datos análogas que no responden al crite-

rio de originalidad y en los cuales se difunde el derecho *sui generis* (derecho de su especie, derecho de su género).

Puede formarse la opinión de que los objetos indicados están totalmente fuera de los límites de protección jurídica de los derechos de sus creadores. Aunque, el apartado 2 del art. 10 de la LDADC prevé que los proyectos de los símbolos estatales de Ucrania, de las condecoraciones estatales, de los símbolos y señas de los órganos del poder estatal, de las Fuerzas Armadas de Ucrania y de otras formaciones militares; de la simbología de las comunidades territoriales; de los símbolos y señas de las empresas, instituciones y organizaciones y también los proyectos de los papeles moneda hasta el momento de su confirmación oficial, son considerados como obras y gozan del derecho a la protección.

Como ya habíamos manifestado en la parte anterior, los objetos de derechos conexos son las interpretaciones o ejecuciones artísticas, los fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión.

## 2. Conductas típicas

Está claro que la disposición del apartado 1 del art. 176 del CPU consagra una ley penal en blanco, porque junto a los delitos previstos expresamente en ella hay otras infracciones de los derechos de autor o conexos que reciben protección penal si se causan perjuicios materiales importantes.

Hace falta subrayar que el carácter de ley penal en blanco resulta no sólo de la expresión «otras infracciones de los derechos de autor y conexos» sino también de los términos «ilícito», «reproducción» y «distribución», porque sus significados no están determinados en el CPU sino en la LDADC.

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

### 2.1. La conducta típica de reproducción

Según el art. 1 de la LDADC bajo el término «reproducción» se entiende la producción de uno o más ejemplares de la obra, ejecución, fonograma, videograma en cualquier forma material, así como su grabación para guarda temporal en forma electrónica (incluida forma digital), óptica u otra que pueda ser leída por un ordenador. La Ley no

determina la noción de «reproducción del programa de radiodifusión», pero la literatura jurídica lo interpreta de manera coincidente<sup>14</sup>.

Reproducción de la obra no es solamente volver a dar a la obra forma material sino también su realización en otra forma<sup>15</sup>.

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

De acuerdo con las disposiciones de los artículos 21 a 23 y 25 de la LDADC se permite la reproducción libre de la obra sin consentimiento del autor u otro titular si se señala visiblemente el nombre del autor (con fines educativos, para uso personal, etc.).

Hay ciertas peculiaridades propias para régimen de reproducción libre de programas de ordenador. En particular, según el punto 2 del apartado 1 del art. 24 de la LDADC la persona que posee un ejemplar legal del programa de ordenador puede hacer una copia de dicho programa sin consentimiento del autor u otro titular con la condición de que esta copia esté destinada exclusivamente para su archivo o para reemplazar el ejemplar legal del programa si este último se pierde, se estropea o se hace inútil para su uso. Pero la copia del programa de ordenador no puede ser usada para otros fines y tiene que ser destruida si la posesión de ésta deja de ser legal.

El legislador también prevé la posibilidad de reproducir ejecuciones, fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión sin el consentimiento de los ejecutantes, productores de fonogramas, videogramas y organizaciones de difusión en casos previstos en los arts. 21 a 25 de la LDADC sobre la base de los derechos patrimoniales de autores de obras literarias, artísticas y científicas.

Del contenido del art. 1 de la LDADC arriba mencionado no se puede determinar si es reproducción hacer un ejemplar de la obra, ejecución, fonograma, videograma, programa de difusión de forma completa o en parte. Entonces surge una pregunta lógica: ¿Es delito hacer la reproducción de una parte de la obra, ejecución, fonograma, videograma o programa de difusión sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor o conexos?

Desgraciadamente dicho problema no ha sido resuelto por la doctrina ucraniana. La mayoría de autores simplemente no determinan la noción de «reproducción» de los objetos de los derechos de

autor o conexos, sólo se limitan por interpretar este término como categoría civil<sup>16</sup>.

La respuesta a esta pregunta está en los puntos 1 y 2 del apartado 1 del art. 21 de la LDADC, que permiten el uso (la reproducción) de citas (textos pequeños) extraídas de obras publicadas que sean acordes al fin de la nueva obra, sin consentimiento del autor u otra persona titular de los derechos de autor, pero es obligatorio que sea visible el nombre del autor y la fuente, así como el uso (reproducción) libre de las citas incluidas en fonogramas (videogramas), o programas de difusión, también el uso (reproducción) de las obras literarias y artísticas en un volumen siempre que sean acordes al fin de la obra nueva y como ilustración o ejemplo en publicaciones, programas de difusión, grabaciones de audio o vídeo que tengan carácter educativo.

En vista de qué legislador considera legal la reproducción, bajo ciertas circunstancias, de una parte de la obra que no sea muy extensa, sería lógico llegar a la conclusión de que la reproducción de una parte del objeto de los derechos de autor o conexos hecha violando las condiciones arriba mencionadas y produciendo perjuicios materiales importantes debe ser ilícita.

Para calificar correctamente las acciones de los infractores hay que resolver la cuestión de la suficiencia de la calidad de la reproducción de los objetos de los derechos de autor o conexos. ¿Se puede considerar la reproducción de la obra, ejecución, fonograma, videograma, programa de difusión o producción de sus copias si ellas son de mala calidad?

Está claro que la identidad de la copia y el original o su gran nivel de semejanza son importantes para determinar la reproducción ilícita aunque, sin embargo, son indicios secundarios. Indicio principal de la reproducción es la capacidad de la copia de transmitir el contenido intelectual de la obra, ejecución, fonograma, videograma o programa de difusión originales.

Es evidente que la muy baja calidad de los ejemplares no puede hacer llegar a terceras personas su valor artístico o científico y por esto aquellas acciones no pueden ser castigadas penalmente. En este caso los titulares del derecho de la propiedad intelectual pueden reclamar, según el ordenamiento jurídico civil, una compensación por los perjuicios producidos.

Según lo expuesto está claro que la correlación de los criterios cuantitativos y cualitativos de la

14 П.П.Андрушко. *Ор. сит.* p. 57.

15 *Право інтелектуальної власності. Академічний курс. Підручник.* За ред. О.А.Підпригори, О.Д.Святоцького. Київ, 2004, p. 257.

16 *Кримінальне право України. Особлива частина.* За ред. М.І.Мельника і В.А.Клименка. Київ, 2004, p. 139.

reproducción de las obras creativas es importante para considerar delictivas las acciones de los infractores de los derechos de autor o conexos.

Como acciones punibles deben ser calificadas, según el art. 176 del CPU, tanto la reproducción ilícita del objeto original de los derechos de autor o conexos como la reproducción de copias de ejemplares de las obras, ejecuciones, fonogramas, videogramas o programas de difusión.

## 2.2. La conducta típica de distribución

Otra modalidad de conducta típica punible en materia de derechos de autor o conexos es la distribución ilícita de obras, fonogramas, videogramas o programas de difusión. La distribución de los objetos de los derechos de autor o conexos es el objetivo final de los transgresores del derecho de la propiedad intelectual, pues su resultado es la obtención de ganancias a cuenta de la utilización ilícita de los productos creativos ajenos.

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

Las formas de distribución legal de los objetos de los derechos de autor o conexos están determinados en los puntos 8-10 del apartado 1 del art. 15, puntos «d»-«f» del apartado 1 art. 39, puntos «b»-«d» del apartado 1 del art. 40, y puntos «a», y «b» del apartado 1 del art. 41 de la LDADC.

Las principales formas de distribución ilícita de los objetos de los derechos de autor o conexos son la venta o realización y el alquiler comercial de copias pirateadas de fonogramas, videogramas y programas de ordenador.

La jurisprudencia interpreta muy ampliamente el concepto de alquiler comercial. Por sentencia del Juzgado regional del distrito de Rivne, provincia de Rivne del 4 de abril de 2003. al Sr. G. se le encontró culpable por el delito de alquiler comercial ilícito de programas de ordenador, lo que trajo consigo un perjuicio material en gran medida, o sea, un delito previsto en el apartado 2 del art. 176 del CPU. Fue considerado probado por el juzgado que el propietario de un club de Internet, Sr.

G. habiendo adquirido 27 ordenadores, en los cuales, por personas desconocidas, fueron instalados los programas «Microsoft Windows 98», «Microsoft Office 2000» y «Microsoft Windows NT», en el transcurso de los años 2000-2001 facilitaba a los visitantes del club, la oportunidad de utilizar los programas por un monto de dinero establecido, ocasionando de esta manera un perjuicio material de 28556 Hrv. 98 kopecks a la corporación «Microsoft»<sup>17</sup>.

Así pues, en este caso, el juzgado llegó a la conclusión de que tuvo lugar la concesión ilícita de servicios con la utilización de programas de ordenador, o sea su alquiler comercial.

Como un caso aislado de atentado criminal contra derechos conexos, el legislador reconoció la edición (tiraje) y distribución en cintas de audio y vídeo, disquetes y otros portadores de datos, de interpretaciones, fonogramas, videogramas y programas de difusión.

Como ciertamente advirtió P.P. ANDRUSHKO «Por cuanto tiene lugar el uso de la conjunción “y” entre las palabras “tiraje” y “distribución” en las disposiciones de la parte 1 del art. 176 del C.P. de Ucrania, sólo existirá *corpus delicti* en este caso si existen en las actitudes del infractor los hechos de tiraje tanto como de distribución de dichos objetos de derechos conexos realizados ilícitamente»<sup>18</sup>.

Es necesario mencionar que el término «tiraje o edición» no figura en absoluto en la LDADC. El uso de dicha noción, como variedad de conducta ilícita, es erróneo e injustificado, por cuanto, «tiraje o edición» por su sentido es muy cercano a la palabra «reproducción». Precisamente por eso, P.P. ANDRUSHKO considera que el tiraje ilícito de los objetos de derechos conexos sin su distribución o sin presencia de este objetivo, deberá calificarse como reproducción ilegal<sup>19</sup>.

Por lo expuesto, se puede llegar a la conclusión de que es inútil la separación, como conductas penales diferenciadas, en el marco de las disposiciones del apartado 1 del art. 176 del CPU, del tiraje y de la distribución de los objetos de derechos conexos, porque tales acciones se consideran delictivas tanto como la reproducción y/o distribución de fonogramas, videogramas y programas de difusión.

## 2.3. Otras conductas típicas

Son otras conductas típicas en el campo de los derechos de autor o conexos:

<sup>17</sup> Archivo del Juzgado regional del distrito de Rivne, provincia de Rivne del año 2003. Caso N° 1-24.

<sup>18</sup> П.П. Андрушко. Оp. cit. p. 57.

<sup>19</sup> *Ibidem*

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

En concordancia con el art. 1 de la LDADC es comunicación pública de obras, fonogramas o grabaciones de vídeo, la puesta en circulación de obras, con el consentimiento del autor o de otro titular de los derechos de autor o conexos, de fonogramas, videogramas reproducidos por medios poligráficos, electrónicos u otros medios en un volumen capaz de satisfacer las demandas razonables del público, incluso la concesión de acceso a las obras a través de los sistemas electrónicos de información de tal manera que cualquier persona pueda obtenerlos desde cualquier lugar y en cualquier momento por elección propia o por transferencia de los derechos de propiedad o su posesión por otros medios.

De lo expuesto se puede ver que el concepto la comunicación pública de los objetos de los derechos de autor o conexos, es muy próximo al de distribución. La diferencia entre distribución y comunicación pública se centra en que, en el primer caso, tiene lugar la difusión de los ejemplares de la obra, fonograma, videograma o programa hablado, en el otro caso se da la revelación pública del contenido no material del objeto de los derechos de autor o conexos.

La comunicación pública ilícita de una obra se puede caracterizar resumidamente como cualquier acción realizada para su difusión, la que proporciona acceso al contenido del objeto de los derechos de autor o conexos sin consentimiento del autor, del productor del fonograma, videograma o programa de difusión. Sin embargo, en algunos casos la comunicación pública y la distribución pueden coincidir. En particular, la colocación de los objetos de los derechos de autor o conexos en Internet se considera tanto comunicación pública como distribución.

Es menester resaltar, que desde la entrada en vigor del CPU en el año 2001, los casos de delitos relacionados con la traducción ilícita de obras, las alteraciones e inclusiones como parte integrante

de otras obras o el plagio no han sido considerados por los juzgados ni investigados por los órganos competentes.

A nuestro modo de entender, la traducción de obras o su alteración, realizadas sin el consentimiento del autor, pueden perjudicarle materialmente, según el art. 176 del CPU, solo en caso de reproducción y/o distribución de obras ilícitamente traducidas o alteradas y en cantidades considerables. De esta manera, la traducción no autorizada de obras, su alteración, inclusión dentro de otras obras, realizados para uso propio o personal, no pueden ser considerados como delito.

Es evidente que las infracciones penales contra los derechos de autor o conexos pueden ser realizadas sólo en forma de acciones.

No pueden ser considerados como delitos previstos en el art. 176 del CPU, la violación del derecho a la remuneración de los titulares de los derechos de autor; la violación del derecho de los autores de las obras arquitectónicas, de construcción urbana, y de arte de construcción de jardines y parques en la participación de éstos en la realización de los proyectos de estas edificaciones, y la violación del derecho del autor de obras de artes plásticas en la obtención del cinco por ciento del precio de cada acto sucesivo de venta de la obra a través de subastas, galerías, salones, tiendas, etc. que se produzca después de la primera venta realizada por el autor de la obra (derecho de consecuencia).

En nuestra opinión, el restablecimiento de los derechos de autor infringidos a las regalías, a la participación en la realización del proyecto y el derecho de consecuencia deberán realizarse por vía civil.

Las dificultades expuestas en la determinación de posibles supuestos de acciones penales en lo que se refiere al derecho de autor y conexos predeterminan la necesidad del establecimiento legal de un listado de las mismas, en concordancia con el apartado 1 del art. 176 del CPU. Al mismo tiempo, la práctica judicial y de instrucción avalan la verdadera necesidad de criminalización de los actos de manejo ilícito de copias pirateadas de los objetos que gozan de derecho de autor y conexos, y en particular su almacenamiento, transporte y exportación con fines de difusión.

#### 2.4. El problema de perjuicio (daño) material

Como habíamos señalado al comienzo de este trabajo, un requisito obligatorio del tipo básico del delito contra los derechos de autor o conexos es la presencia de un perjuicio material de importancia, causado a los titulares de estos derechos.

De acuerdo con la nota anexa al art. 176 del CPU, el perjuicio material se considera de importancia si sobrepasa en doscientas o más veces el límite no imponible del ciudadano. El contenido del concepto de perjuicio material ocasionado por acciones ilícitas a los titulares de los derechos de autor o conexos, no está determinado por la ley. Es necesario tener en cuenta que entre la violación de los derechos de autor o conexos y el perjuicio material ocasionado a los titulares del derecho de propiedad intelectual deberán existir nexos causales adecuados.

Por cuanto los actos que llevan consigo un perjuicio material son determinantes para discernir un elemento característico del delito consagrado en el art. 176 del CPU, vamos a intentar definir el contenido de este concepto.

Es una lástima que las leyes civiles y penales no aporten ninguna característica del perjuicio material como categoría jurídica. La mayoría de los científicos nacionales al analizar el tipo básico del delito previsto en el art. 176 del CPU no determina la esencia del concepto «perjuicio material».

Sólo P.P. ANDRUSHKO ha hecho un intento por caracterizar dicho concepto. Este autor considera que la medida del perjuicio material ocasionado al titular de los derechos de autor o conexos, en su significado civil, como infracciones punibles por la violación de los derechos de autor o conexos, deben determinarse como la suma de dinero que debe recibir (debería recibir) el titular de los derechos de autor o conexos por los correspondientes derechos de propiedad intelectual, en el caso de que las acciones especificadas en el apartado 1 del art. 176 del CPU (reproducción, distribución, etc.), hubieran sido efectuadas de acuerdo con la legislación que determina (reglamenta) su efecto, o sea, la suma perdida o las ganancias no recibidas.

Mediante el delito se puede ocasionar un perjuicio directo y material, representado en forma de gastos hechos por el titular de los derechos de autor, por la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, gastos éstos destinados a su recuperación<sup>20</sup>.

Criterios similares para la determinación de los efectos socialmente peligrosos de las infracciones de los derechos de autor o conexos, han sido sostenidos por A.M. KOVAL<sup>21</sup>. No obstante, este autor en su trabajo «La responsabilidad penal por la

violación de los derechos de autor o conexos. Teoría y práctica» presenta opiniones que contradicen sus propias conclusiones enunciadas. En particular, él está de acuerdo con la resolución del Juzgado regional Shevchenko de la ciudad de Kiev, del 16 de septiembre de 2003 en el que se reconoce que el empresario K., a través del almacenamiento y custodia de copias pirateadas de fonogramas en el pabellón comercial 498, causó a los titulares de derechos conexos un perjuicio material valorado en la suma de 30217 Hrv, 49 kopecks, aunque según la investigación realizada, fue probado el hecho de la venta (distribución ilícita) de sólo dos copias pirateadas de fonogramas por un valor de 30 Hrv<sup>22</sup>. En este caso, la parte investigadora y el juzgado de manera evidente constataron incorrectamente el perjuicio material en la etapa de tentativa del delito.

La resolución judicial descrita demuestra sólo uno de los enfoques de los órganos jurisdiccionales para la determinación del perjuicio material contemplado en el art. 176 del CPU.

Más correcto sería el reconocimiento como perjuicio material del beneficio perdido del valor de los bienes de los derechos de autor o conexos, ilícitamente reproducidos y/o difundidos. Ante todo, esta forma de solucionar el problema se observa en los casos de delincuencia sobre la infracción de los derechos de autor de programas de ordenador. Una corroboración de tal posición es la disposición del Juzgado regional del distrito de Kiev de la ciudad Odessa del 3 de junio de 2003, la que confirma como perjuicio material contra la compañía «Microsoft», el valor total de los programas de ordenador «Microsoft Windows 98», «Microsoft Office XP» y «Microsoft Windows XP» difundidos ilícitamente por P<sup>23</sup>.

Conviniendo en general con las apreciaciones de P.P. ANDRUSHKO en lo referente al concepto de perjuicio material, probemos a concretizar su contenido. Ante todo, es necesario refutar la idea totalmente equivocada de que la reproducción ilícita de los objetos de los derechos de autor o conexos, sin su consiguiente distribución no puede ocasionar ningún perjuicio material<sup>24</sup>.

En nuestra opinión, al construir el legislador el tipo básico del delito previsto en el art. 176 del CPU, supone que la infracción de los derechos de autor o conexos ocasiona un perjuicio mate-

20 П.П. Андрушко, *Op. cit.* p. 55.

21 А.М. Коваль, *Op. cit.* p. 66-67.

22 Aquí también, p. 259-294.

23 Archivo del Juzgado Regional del distrito de Kiev de la ciudad Odessa del año 2003. Caso N° 1-713М.

24 А.М. Коваль, *Op. cit.* p. 69.

rial a los titulares del derecho de la propiedad intelectual.

En el caso de la distribución ilícita de los objetos de los derechos de autor o conexos, las ganancias no obtenidas, en un entendimiento bastante ceñido, pueden ser consideradas como el precio de mercado de las obras, interpretaciones, fonogramas, videogramas o programas de difusión. Sin embargo, no debe ser tenido en cuenta el precio por el que la persona imputada vendía dichos objetos amparados por el derecho de propiedad intelectual, o el precio por el que los entregaba para su uso.

Al mismo tiempo, es necesario aclarar en cada caso en qué condiciones (por qué precio) el titular de los derechos de autor o conexos, estaría de acuerdo en permitir a otra persona la comunicación pública, reproducción, o distribución de sus obras, interpretaciones, fonogramas, videogramas o programas de difusión. Pueden ser consideradas evidencias del perjuicio material ocasionado a los titulares de la propiedad intelectual los documentos que certifiquen los gastos que supone la adquisición de los derechos de reproducción y distribución legal de los objetos de los derechos de autor o conexos. Podemos estar de acuerdo con las ideas del científico ruso O.A. DVORIANKIN quien considera que para la determinación del grado del perjuicio ocasionado al propietario legal, es necesario tomar en consideración las cuentas presentadas por el mismo<sup>25</sup>.

Es precisamente este método de determinación de la entidad del perjuicio material el que se observa en la jurisprudencia, la misma que se formó con el estudio de los casos delictivos previstos en el art. 176 del CPU.

En particular, disponiendo del veredicto arriba enunciado, respecto al Sr. L., el Juzgado del distrito Terebovla de la región de Ternopol, llegó a la conclusión de que, el perjuicio material estaría conformado por la suma total del precio de venta al por menor y el costo del derecho a la reproducción y distribución de los videogramas, y a ser pagado por personas jurídicas nacionales de acuerdo con los convenios firmados con los titulares extranjeros de derechos conexos.

No obstante, este tipo de solución del problema no es universal, pues ciertos titulares de los derechos de autor (autores y a la vez productores de programas de ordenador), no enajenan el derecho a la reproducción de sus obras, y por eso determinar el costo de este derecho es casi imposible.

Así pues, por sí sola llega la conclusión de que la vaguedad de la ley sobre el contenido del término perjuicio material y la dificultad en la determinación de la medida de este perjuicio durante la investigación prejudicial, no favorece una correcta e igualitaria aplicación del art. 176 del CPU.

Otra circunstancia que disminuye la efectividad de las actividades realizadas por la policía respecto a los infractores de los derechos de autor o conexos, es el monto injustificado del perjuicio material establecido por la legislación en una medida de doscientas unidades mínimas de la base no imponible.

De acuerdo con el apartado 5 del art. 22 de la Ley de Ucrania del 22 de mayo de 2003, «Sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas» para la calificación del delito penal y del ilícito administrativo, el monto de la unidad mínima de la base no imponible se determina a nivel de las exenciones fiscales (un salario mínimo) establecido en el punto 1 del apartado 1 del art. 6 de esta Ley para el año correspondiente: En el 2004 -30% de la suma de las exenciones fiscales, en el 2005 -50%, en el 2006 -80%. Así pues, la entidad del perjuicio material ocasionado por el infractor de los derechos de autor o conexos, ha cambiado en dependencia del aumento del salario mínimo, de la siguiente manera:

- Hasta el 1 de enero de 2004 – más de 3400 Hrv. (≈ 566€).
- Del 1 de enero de 2004 al 1 de enero de 2005 – más de 12300 Hrv. (≈ 2050€).
- Del 1 de enero de 2005 – en adelante, más de 26200 Hrv. (≈ 4366€).

Indudablemente, el aumento del perjuicio material en el transcurso de estos dos últimos años en casi 8 veces no responde al incremento de precios de los fonogramas, videogramas o programas de ordenador.

Debido a esto, pueden aparecer objeciones, a primera vista ponderables, pues por la violación de los derechos de autor o conexos que no han causado mucho perjuicio, deberá apreciarse la responsabilidad administrativa establecida en el art. 51<sup>2</sup> del Código de Ucrania sobre infracciones administrativas (CUA). Sin embargo, las razones planteadas no resultan convincentes por los siguientes motivos:

El científico ruso A. A. KOVALENKO con absoluta justeza considera que la reproducción y la distribución ilícita de los objetos de los derechos de autor o conexos, casi por regla serán delitos que van a continuar en el tiempo<sup>26</sup>. Es por eso que

25 O.A.Дворянкин. Защита авторских и смежных прав. Ответственность за их нарушение. Уголовно-правовой аспект .Моск., 2002, pp. 144-145.

26 A.A.Коваленко. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав . Дисс. ... канд. юрид. наук. Москú. 2001, pp. 176-177.

la formación episódica de un proceso judicial por responsabilidad administrativa a la persona que diariamente ofrece a la venta copias pirateadas por un valor digamos de 15000 Hrv. (≈ 2500€), no podría ser considerado un método efectivo para terminar con la delincuencia en el campo de la propiedad intelectual. La policía no cuenta con la posibilidad de controlar diariamente numerosas e insignificantes infracciones contra los derechos de autor o conexos.

Y, en general, la racionalidad de la existencia de la responsabilidad administrativa por hechos de reproducción y distribución ilícitas de los objetos de los derechos de autor o conexos, es bastante dudosa, pues para la determinación de su carácter pirata y la determinación de la medida del perjuicio causado por el delito, es necesaria la ejecución del examen pericial correspondiente. El vigente CUIA, prevé la posibilidad de realizar exámenes periciales, pero, a diferencia del Código Procesal Penal de Ucrania, no reglamenta el orden de su asignación y ejecución.

Además, los cortos plazos establecidos para la formación de procesos administrativos, con frecuencia permiten al infractor eludir su responsabilidad. En particular, durante los años 2002-2004, por motivo de la expiración de los plazos para la formación de procesos administrativos, fueron cerrados por el juzgado 407 casos de infracciones previstas por los artículos 51<sup>2</sup> y 164<sup>9</sup> del CUIA.

La cantidad de personas procesadas por responsabilidad administrativa, y multadas por infracciones previstos en el art. 51<sup>2</sup> del CUIA, es todavía insignificante (año 2002 - 98, año 2003 - 114, año 2004 - 241). Además en los años 2002 - 2004, entre el 20 y el 40 por ciento de los casos por infracciones administrativas fueron cerrados por diferentes motivos<sup>27</sup>.

Es evidente que el tipo básico del art. 176 del CPU, en la parte de la determinación de las consecuencias sociales y peligrosas de estos delitos, necesita ser modificado.

La solución a este problema será posible siempre que se excluya del apartado 1 del art. 176 del CPU el requisito que indica la importancia del perjuicio material como elemento necesario del tipo básico del delito, o sea, la punibilidad de cualquier infracción contra los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos de autor o conexos, realizados con ani-

mo de lucro. Una solución de este tipo, la acogen los órganos legislativos de los países de la Unión Europea, al establecer como delictiva la violación de los derechos de autor o conexos, efectuados con ánimo lucro y en perjuicio de terceras personas<sup>28</sup>.

### 3. El sujeto activo del delito y tipo subjetivo

El sujeto activo del delito, previsto en los apartados 1 y 2 del art. 176 del CPU, puede ser, de acuerdo con los arts. 18 y 22 del CPU, toda persona física, culpable, que haya llegado a los dieciséis años de edad.

La legislación penal ucraniana no prevé responsabilidad penal para las personas jurídicas. Culpable, según del CPU, será la persona que durante la ejecución del delito actúe con pleno conocimiento de la acción y la dirija de la misma manera.

Ante los órganos de instrucción de primera instancia y los órganos judiciales puede surgir el problema de llevar al proceso judicial por infracción de los derechos de autor al mismo autor de la obra o a otros titulares. En la doctrina penalista ucraniana tal problema todavía no se ha resuelto, y por eso vamos a intentar expresar una idea propia en lo que a esto concierne.

Así, si el autor de una obra habiendo concluido un contrato con otra persona (física o jurídica), otorgándole (enajenándole) a ésta el derecho a la reproducción y distribución de las obras de su propiedad, con premeditación vuelve a crear y a difundir estas obras, por este hecho puede ser considerado sujeto activo del delito previsto en el art. 176 del CPU, por cuanto ocasiona un perjuicio material a otros propietarios de los derechos de autor.

También está sujeto a responsabilidad penal el coautor de una obra que sea producto de la creatividad de varias personas, en el caso de que éste viole los derechos de los otros coautores sin su previo consentimiento.

En la doctrina del derecho penal ucraniano no existe unanimidad en la definición del tipo subjetivo del delito de infracción de los derechos de autor o conexos.

L.M. KRIVUCHENKO, V.O. KUZNETSOV, M.P. STRELBITSKIY y V.K. GUIZHEVSKIY consideran que el delito contra los derechos de autor o conexos, puede ser cometido solamente con intención directa o dolo directo<sup>29</sup>.

27 Узагальнення практики застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (статті 512, 1649 КУпАП). Верховний Суд України. Київ, 2005.

28 Para más detalles ver: F. MIRO LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid, 2003, pp. 336-347, 439-447.

29 Кримінальне право України. Особлива частина. За ред. М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Таця. Київ, 2003, p. 106; В.О.Кузнецов, М.П.Стрельбицький, В.К.Гіжевський. Кримінальне право України. Загальна і Особлива частини. Київ, 2005, p. 141.

A nuestro entender, la afirmación más correcta resulta ser la de M.I. JAVRONIUK, quien defiende la posibilidad de considerar el delito cometido con dolo directo o eventual<sup>30</sup>.

En concordancia con el apartado 2 del art. 24 del CPU, se tiene dolo directo si la persona conocía el carácter de peligrosidad social de su acción, preveía sus consecuencias peligrosas (elemento intelectual del dolo) y deseaba la producción de estas consecuencias (elemento volitivo del dolo). El dolo eventual se diferencia sólo por el elemento volitivo –el sujeto no deseaba la producción de las consecuencias dañosas para la sociedad, sin embargo, admitía la posibilidad de su producción–.

En el caso de infracción de los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos de autor o conexos, el sujeto ciertamente conoce el daño social de sus acciones, él conoce también que puede ocasionarse un perjuicio contra los titulares del derecho de propiedad intelectual y no obstante, actúa con indiferencia produciendo tales resultados. Es evidente que en el caso de la reproducción y/o la distribución ilícita, en particular de obras audiovisuales, el infractor puede desconocer por completo quien es el propietario de los derechos patrimoniales de estas obras, incluso cómo determinar la medida del perjuicio material que se ocasiona por el delito.

Precisamente por esto, muchos de los delitos contra los derechos de autor o conexos se cometen con dolo eventual.

### V. Las circunstancias agravatorias de los delitos contra los derechos de autor o conexos

En el apartado 2 del art. 176 del CPU, se establece la responsabilidad penal por delitos cometidos con determinadas circunstancias agravantes, precisamente los delitos realizados:

- Reiteradamente;
- Por un grupo de personas con premeditada confabulación;
- Si con estas acciones se produce un perjuicio material de gran importancia (de acuerdo con la nota al art. 176 del CPU si se supera en más de mil veces la base mínima vital no imponible del ciudadano).

De acuerdo al apartado 1 del art. 32 del CPU, se consideran reiterados los delitos cometidos dos o más veces, previstos en este mismo artículo o en los artículos de la Parte Especial del CPU.

Debe darse la razón a P.P. ANDRUSHKO, quien afirma que debe considerarse reiterada toda acción prevista en el apartado 1 del art. 176 del CPU, realizada en cualquier orden por la persona que ya antes había cometido similares actos contra diferentes objetos del derecho de propiedad intelectual o contra el mismo tipo de objeto<sup>31</sup>. Es evidente que en este caso, para la calificación de las acciones del sujeto según el apartado 1 del art. 176 del CPU, no tiene ninguna importancia si la persona ha sido ya antes procesada penalmente por infracción de los derechos de autor o conexos. Con todo esto, de acuerdo con el apartado 4 del art. 32 del CPU, no deberá considerarse como infracción reiterada contra los derechos de autor o conexos, si por los delitos cometidos con anterioridad, la persona fue exonerada de responsabilidad penal o si el juicio por este delito fue anulado o resultó absuelto.

La reiteración de los delitos contra los derechos de autor o conexos sólo es posible con la presencia de una intención única de cometer varios delitos contra el derecho de propiedad intelectual.

La jurisprudencia da testimonio de que los delitos contra los derechos de autor o conexos por regla general son consecutivos. En particular, por sentencia del Juzgado municipal de Ternopil del 27 de julio de 2005, el Sr. R. quien desde diciembre de 2004 hasta abril de 2005 difundía copias pirateadas de videogramas, fue hallado culpable del delito previsto en el apartado 1 del art. 176 del CPU<sup>32</sup>.

El delito se considera cometido con premeditada confabulación por un grupo de personas, si lo cometieron de común acuerdo varias personas (dos o más), quienes de antemano, o sea, antes de iniciarse el delito, se pusieron de acuerdo para su ejecución (apartado 2 del art. 28 del CPU).

La ley penal ucraniana considera que el delito ha sido cometido por un grupo organizado, si en su preparación o ejecución tomaron parte varias personas (tres o más), quienes anticipadamente conformaron una agrupación firme para la ejecución de cualquier delito o delitos, unidos por un plan en común, con distribución de funciones para cada uno de los participantes que van dirigidas al logro de los objetivos conocidos por todos los integrantes del grupo (apartado 3 del art. 28 del CPU).

De conformidad con el apartado 4 del art. 28 del CPU, grupo delictivo es una entidad jerárquica formado por varias personas (tres o más), cuyos miembros o partes estructurales se organizaron

30 Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Видання третє, змінене та доповнене .За ред. М.І.Мельника і М.І.Хавронюка. Київ, 2005, с. 394.

31 П.П.Андрушко. Опр. cit. p. 66.

32 Archivo del juzgado municipal de Ternopil, región de Ternopil del año 2005. Caso № 1-499.

con premeditada confabulación para realizar actividades comunes y cometer de inmediato delitos graves o extraordinariamente graves, o para la dirección o coordinación de las actividades delictivas de otras personas, o para el mantenimiento de las actividades de la misma agrupación o de otros grupos delictivos.

De lo expuesto, se ve que hoy en día la infracción de los derechos de autor o conexos, cometidos por estos tres tipos de agrupaciones delictivas se castiga de la misma manera, lo que no contribuye a la efectividad de la protección del derecho de la propiedad intelectual.

La tercera circunstancia agravante del castigo es el perjuicio material de gran importancia, ocasionado por la infracción de los derechos de autor o conexos, y contiene los mismos signos negativos que se analizaron más arriba al estudiar la noción de «perjuicio material de importancia».

## V. El tipo básico privilegiado (apartado 3 del artículo 176 del CPU)

En concordancia con el apartado 3 del art. 176 del CPU, toda infracción contra los derechos de autor o conexos cometida por funcionarios públicos valiéndose de su cargo y en relación a un subordinado, es considerada como delito cometido con circunstancias atenuantes.

En el anexo al art. 364 del CPU, el concepto de funcionario público se define como la persona que en forma constante o temporal cumple funciones de representante del poder estatal (público) y también comprende en las empresas, instituciones u organizaciones, independientemente de su forma de titularidad pública o privada, cargos relacionados con el cumplimiento de funciones de organización y mando o funciones administrativo-económicas, o realiza dichas funciones por contar con poderes especiales.

En la ciencia del derecho penal, el tipo básico previsto en el apartado 3 del art. 176 del CPU, está sometido a una particular crítica<sup>33</sup>.

En el mencionado texto se ve que el delito contra los derechos de autor o conexos, cometidos por un funcionario público haciendo uso de su cargo público en relación con un subordinado, se castiga con menos severidad que en el caso de cometerse el mismo delito por cualquier otra persona. Al mismo tiempo, la ley ucraniana, casi por regla, considera la comisión de cualquier delito por un funcionario público haciendo uso de su cargo

oficial en relación con un subordinado como delito cometido con circunstancias atenuantes (punto 8 del apartado 1 del art. 67 del CPU).

Además, en el caso de cometerse ciertos delitos por un funcionario público, las acciones del culpable son calificadas no sólo por las normas del precepto penal que prevé la responsabilidad por el delito principal, sino también por el art. 364 del CPU (abuso de autoridad oficial). Es necesario hacer constar que el abuso de la autoridad oficial, si ésta ha sido causa de consecuencias graves (perjuicio material por una suma mayor a 250 veces el salario mínimo imponible), es sancionado con encarcelamiento por un periodo de cinco a ocho años.

De esta manera, M.I. JAVRONIUK con acierto indicó que el legislador disminuyó el grado de protección penal de los derechos de autor o conexos, pertenecientes a las «personas subordinadas», en comparación con otras personas<sup>34</sup>.

## VI. Propuestas para el mejoramiento de la protección penal de los derechos de autor y conexos

El alto nivel de piratería intelectual en Ucrania y los problemas de aplicación del art. 176 del CPU requieren en la práctica una mejora de dicha norma penal.

En primer lugar, para una definición correcta de lo que es el bien jurídico protegido por las normas penales que establecen la responsabilidad por la ejecución de delitos contra el derecho de propiedad intelectual, es necesario agrupar estos delitos en un título diferenciado de la Parte Especial del CPU.

En segundo lugar, se deberá establecer en las disposiciones del apartado 1 del art. 176 del CPU una lista completa de las infracciones de los derechos de autor o conexos, negándonos a aceptar el término «otras infracciones de los derechos de autor o conexos».

En tercer lugar, será necesario modificar el tipo básico del art. 176 del CPU en la parte donde se define el daño social producido por este delito, eliminando de la disposición del apartado 1 de dicha norma la indicación del perjuicio material de importancia como elemento indispensable del tipo básico del delito.

En cuarto lugar, para elevar la efectividad de la lucha contra la piratería intelectual, es necesario penalizar las acciones relacionadas con la circulación de copias pirateadas de los objetos de los derechos

33 A.M.Кодàëв. Op. cit. pp. 109-114.

34 M.I.Хавронюк. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ, 2004, p. 180.

de autor o conexos, ya que ahora, el almacenamiento, transporte, salida del territorio aduanero ucraniano (exportación) no se pueden considerar infracciones de los derechos de autor o conexos.

En quinto lugar, será necesario incrementar la responsabilidad penal por la violación de los derechos de autor o conexos por parte de los funcionarios públicos.

En sexto lugar, Ucrania deberá cumplir con todas las responsabilidades asumidas en lo refe-

rente a los acuerdos internacionales en el campo de la propiedad intelectual<sup>35</sup> y determinar la responsabilidad penal por cometer acciones tendentes a la neutralización de los medios técnicos de protección de los derechos de autor o conexos<sup>36</sup>.

La inclusión en la legislación penal de todos estos cambios, va a influir en la generación de una efectiva protección judicial de los derechos de autor o conexos.

---

35 Ver el art. 11 del Acuerdo sobre el derecho de autor y el art. 18 del Acuerdo sobre la ejecución de fonogramas aprobados por la Organización internacional de la propiedad intelectual del 20 de diciembre de 1996./ <http://www.wipo.int/treaties/en/ip>.

36 Más detalladamente, el problema del establecimiento de la responsabilidad penal por cometer acciones para neutralización de los medios técnicos de protección de los derechos de autor y conexos, enfocada por В.Гулкевич. «Технічні засоби захисту авторського права і суміжних прав. Проблеми удосконалення правової охорони.» en «Прокуратура. Людина. Держава». *Revista de la Fiscalía General de Ucrania*. 2005, N.º 8, pp. 41-50.